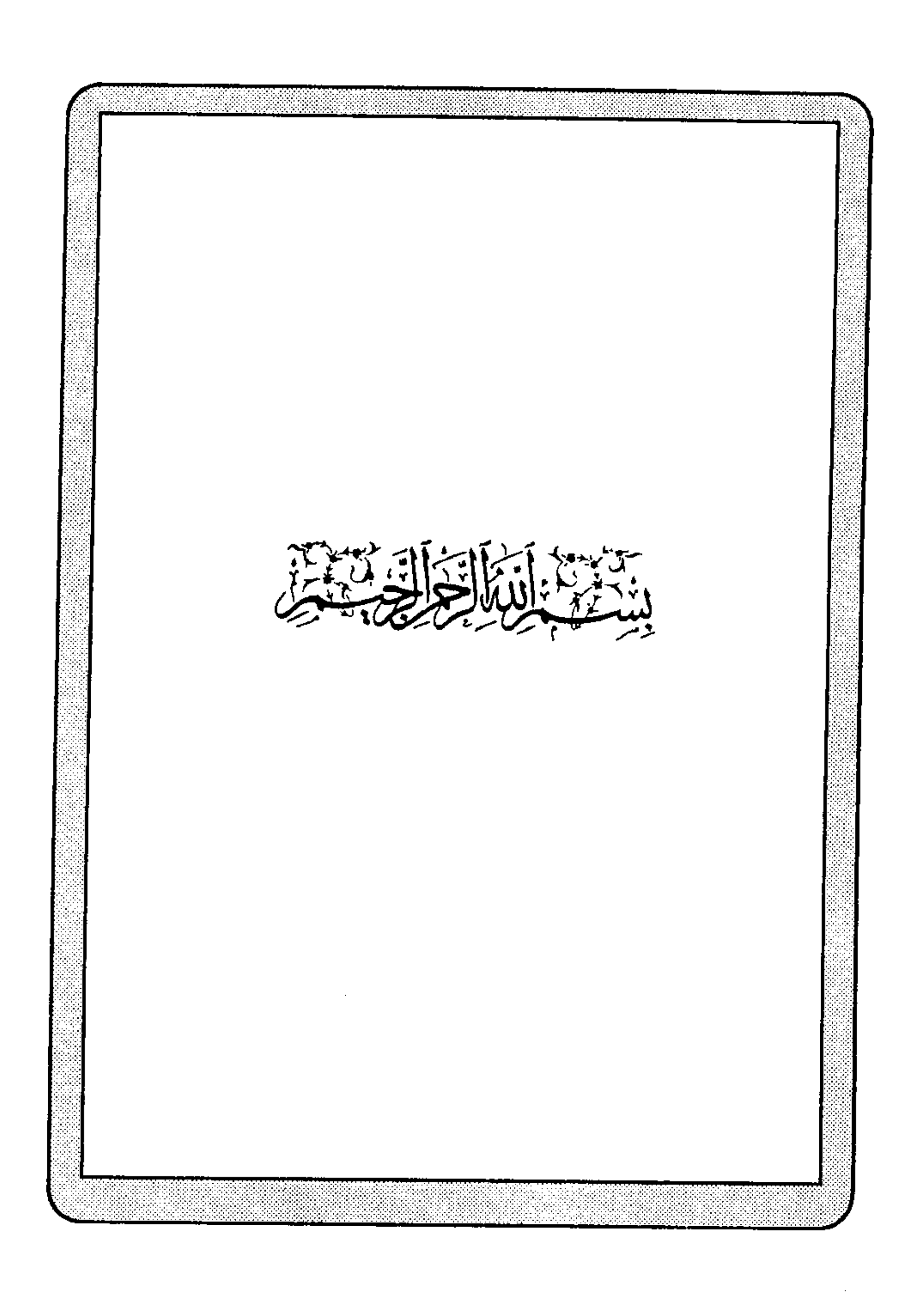

بسم الله الرحمن الرحيم







تحرير المجلة

تأليف

سماحة آية الله العظمى

الشيخ محمد حسين كاشف الغطاء قدس سره

(١٢٩٤ - ١٣٧٣هـ)

إشراف

آية الله الشيخ محمد مهدي الآصفي

تحقيق

الشيخ محمد الساعدي

الجزء الثاني

آل کاشف الغطاء، محمد حسین، ۱۸۷۷ – ۱۹۵۴م. شارح.
تحریر المجله/ تألیف محمد حسین کاشف الغطاء؛ اشراف محمد مهدی الاصفی؛ تحقیق محمد الساعدی. — قم: المجمع العالمی للتقریب بین المذاهب الاسلامیه. مدیریه النشر والمطبوعات، ۱۴ق. - ۱۳ –.
ج.

ISBN 964-7994-22-2(دوره). - ISBN
964-7994-21-4 (ج. ۲)

فهرستنویسی براساس اطلاعات فیپا.
عربی.
کتابنامه به صورت زیرنویس.
۱. معاملات (فقه) — قوانین و احکام. ۲. فقه — قواعد. ۳. مجله احکام عدلیه — نقد و تفسیر. ۴. حقوق تطبیقی. الف. آصفی، محمد مهدی، ۱۳۱۷ –، گردآورنده. ب. ساعدی، محمد، محقق. ج. مجمع جهانی تقریب مذاهب اسلامی. مدیریت انتشارات و مطبوعات. د. عنوان. هـ عنوان: مجله احکام عدلیه. شرح

۳ت BP ۱۹۰/آ۷ ۲۹۷/۳۷۲

کتابخانه ملی ایران ۸۳۲۱ – ۸۲م



المجمع العالمي للتقريب بين المذاهب الإسلامية

اسم الكتاب: تحرير المجلة (ج ۲)
المؤلف: محمد حسين كاشف الغطاء
الاشراف: محمد مهدي الآصفي
التحقيق: محمد الساعدي
الناشر: المجمع العالمي للتقريب بين المذاهب الإسلامية _ مديرية النشر والمطبوعات
الطبعة: الاولى – ١٤٢٤ هـ.ق ٢٠٠٤ م
الكمية: ٢٠٠٠ نسخة
السعر: ٣٠٠٠ تومان
المطبعة: فجر الاسلام
شابك: الجزء الثاني ٤ – ٢١ – ٧٩٩٤ – ٩٦٤ ISBN: 964 – 7994 – 21 – 4 (vol.I)
الدورة ٢ – ٢٢ – ٧٩٩٤ – ٩٦٤ ISBN: 964 – 7994 – 22 – 2 (vol.set)
العنوان: الجمهورية الاسلامية في ايران _ طهران _ ص. ب: ٦٩٩٥ _ ١٥٨٧٥

بسم الله الرحمن الرحيم

وله الحمد

(يَا أَبَتِ اسْتَأْجِرْهُ إِنَّ خَيْرَ مَنِ اسْتَأْجَرْتَ الْقَوِيُّ الْأَمِينُ)[1]

الكتاب الثاني

الإجارات

ويشتمل على مقدمة وثمانية أبواب

---

(١) سورة القصص ٢٨ : ٢٦ .

المقدّمة

في الاصطلاحات الفقهيّة المتعلّقة بالإجارة

(مادّة : ٤٠٤) الأُجرة والكراء : بدل المنفعة ، والإيجار هو : الإعطاء بالكراء ، والاستيجار : الأخذ بالكراء [١] .

أصل هذه المادّة (الأجر) الذي يفسر في اللغة بجزاء العمل [٢] ، وهو ظاهر في العمل الذي يكون جزاءً للعمل ، ثمّ اتّسع فشمل المال الذي يقع عوض العمل ، ثمّ اتّسع فتناول عوض المنفعة ، أي : منافع الأعيان ، وغلب استعماله واستعمال مشتقّاته من المزيد ـ كآجر والمجرّد كأجر وإيجار وإجارة ـ في المعنى العرفي المقتنص من ذلك المعنى اللغوي ، فصار يستعمل حتّى تعيّن في لسان الشرع والمتشرّعة في العقد الذي هو تمليك المنفعة بالعوض المعلوم ، كما هو المعروف من تعريفها عند الإماميّة وسائر فقهاء المذاهب [٣] .

---

(١) وردت المادّة ـ كما في : شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٢٣٣ ، درر الحكّام ١ : ٣٧٢ ـ بالصيغة التالية : (**الأُجرة : الكراء ، أي : بدل المنفعة ، والإيجار : المكاراة ، والاستئجار : الاكتراء**) .

راجع : المغرّب للمطرّزي ٢٠ ، الشرح الصغير للدردير ٤ : ٥ ، حاشية ردّ المحتار ٦ : ٤ .

(٢) فسّره بذلك الخليل الفراهيدي ، كما في معجم مقاييس اللغة ١ : ٦٢ .

(٣) نُسب هذا التعريف للمشهور في كتاب الإجارة للأصفهاني ٣ .

لاحظ : الشرائع ٢ : ٤١٣ ، المسالك ٥ : ١٧١ .

وقارن : الأُم ٣ : ٢٥٠ ، المبسوط للسرخسي ١٥ : ٧٤ ، المغني ٦ : ٣ ، البناية في شرح الهداية ٩ : ٢٦٨ ، الشرح الصغير للدردير ٤ : ٦ ، الفتاوىٰ الهندية ٤ : ٤٠٩ ، حاشية ردّ المحتار ٦ : ٤ .

وتستعمل الإجارة تارةً اسماً بمعنى : الأُجرة ، وأُخرى [تستعمل] مصدر[اً] بمعنى : الإيجار ، أو مصدر (أجر) المجرّد سماعاً ، أو (آجر) المزيد .

وعلى كلٍّ ، فالأقرب أنّ المراد من قولهم : كتاب الإجارة والإجارات ونحوها هو الإيجار وما تتحقّق به هذه المعاملة شرعاً وبيان أحكامها .

والأُجرة والكراء وإن اتّحدا في كونهما بدل المنفعة ، ولكن شاع وغلب استعمال الكراء في بدل منفعة الدواب والأُجرة في غيرها ، فيقال : كريت الدابّة واكتريتها ، كما يقال : آجرتها واستأجرتها ، واستأجرت الدار والعبد ، ولا يقال : كريت الدار ، إلاّ نادراً .

ولا أهمية في كلّ هذا ، إنّما المهمّ تعريف الإجارة شرعاً تعريفاً يطابق الحقيقة أو يقاربها ، وقد عرّفتها (المجلّة) :

(مادّة : ٤٠٥) الإجارة في اللغة بمعنى : الأُجرة ، وقد استعملت في معنى : الإيجار أيضاً .

وفي اصطلاح الفقهاء بمعنى : بيع المنفعة المعلومة في مقابلة عوض معلوم [١] .

استعمال البيع في تعريف الإجارة يشبه أن يكون من قبيل تعريف الشيء

---

(١) وردت المادّة نصّاً في درر الحكّام ١ : ٣٧٢ .

وورد لفظ : (لغةً) بدل : (في اللغة) ، و : (بمعنىٰ الإيجار) بدل : (في معنىٰ الإيجار) ، و : (بعوض) بدل : (في مقابلة عوض) ، في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٢٣٣ .

وللمقارنة راجع ذيل الهامش الثالث من الصفحة السابقة .

بضدّه ؛ فإنّ البيع مختصٌّ بنقل الأعيان ، والإجارة بنقل المنافع ، وهما متباينان مفهوماً ومصداقاً .

وكان اللازم أن يقال : هي تمليك المنفعة المعلومة بعوض معلوم ، كما هو التعريف الشائع عند الأكثر ، فإنّ التمليك جنس ، وبإضافته إلى المنفعة خرج البيع وغيره من العقود الناقلة كالصلح والهبة ممّا يحصل به تمليك الأعيان .

نعم ، ينتقض في طرده بشموله للصلح على المنفعة ، وهبة المنافع هبة معوّضة ، والعارية المعوّضة ، كما قيل (١) .

والجميع مدفوع : بأنّ حقيقة الصلح التسالم ، وهو يقع على المعاوضة وعلى غيرها ، وحقيقة الهبة تتقوّم بالمجّانية ، والعوض ليس للعين الموهوبة ، بل لذات الهبة ، والعارية إذا دخلها العوض كانت إجارة في الجوهر سواء سمّيتهما عارية أو إجارة أو غيرهما .

فإنّ الإجارة والعارية يشتركان في أنّهما تسليط على المنفعة ، فإن كان بعوض كان إجارة ، وإن كان مجّاناً كان عارية .

فالإجارة والعارية في المنافع كالبيع والهبة في الأعيان .

بل التحقيق : أنّ العارية لا تمليك فيها ولا تسليط أصلاً ، لا على العين ولا على المنفعة ، بل هي إباحة الانتفاع لا تمليك المنفعة ، ولذا لا يستطيع المستعير نقلها إلى الغير بعقد أو غيره .

---

(١) قاله الشهيد الثاني في المسالك ٥ : ١٧١ .

وذكر السيّد الطباطبائي إشكال الانتقاض بالصلح على المنفعة فقط دون الأُخريين في الرياض ١٠ : ٧ .

ومن هنا ينقدح الإشكال في عدّها من العقود [١] ، ولا تحتاج إلى إيجاب وقبول ، بل هي بالإيقاع أشبه وإن شاع عندهم درجها في العقود .

أمّا الإجارة فهي وإن كانت حسب الشائع عند الفقهاء عبارة عن : تمليك المنفعة بعوض ، ولكنّها بالنظر الأدقّ : سلطنة على العين من حيث ملكية منافعها ، فهي أيضاً من مقولة الملك والجدة إن أُريد من الإجارة الأثر الحاصل والنتيجة والغاية ، وإن أُريد بها السبب والوسيلة فهي العقد الذي ينشأ به التسليط على العين باعتبار ملكية منافعها .

وهذا هو المراد من قول الفقهاء : كتاب الإجارة ، و : كتاب البيع ، ونحوها .

وعليه ، فأركان الإجارة ثلاثة : العوضان ، العاقدان ، العقد .

فيلزم البحث عن كلّ واحد منها ، وشرائطه ، وأحكامه ، وأحكام الإجارة .

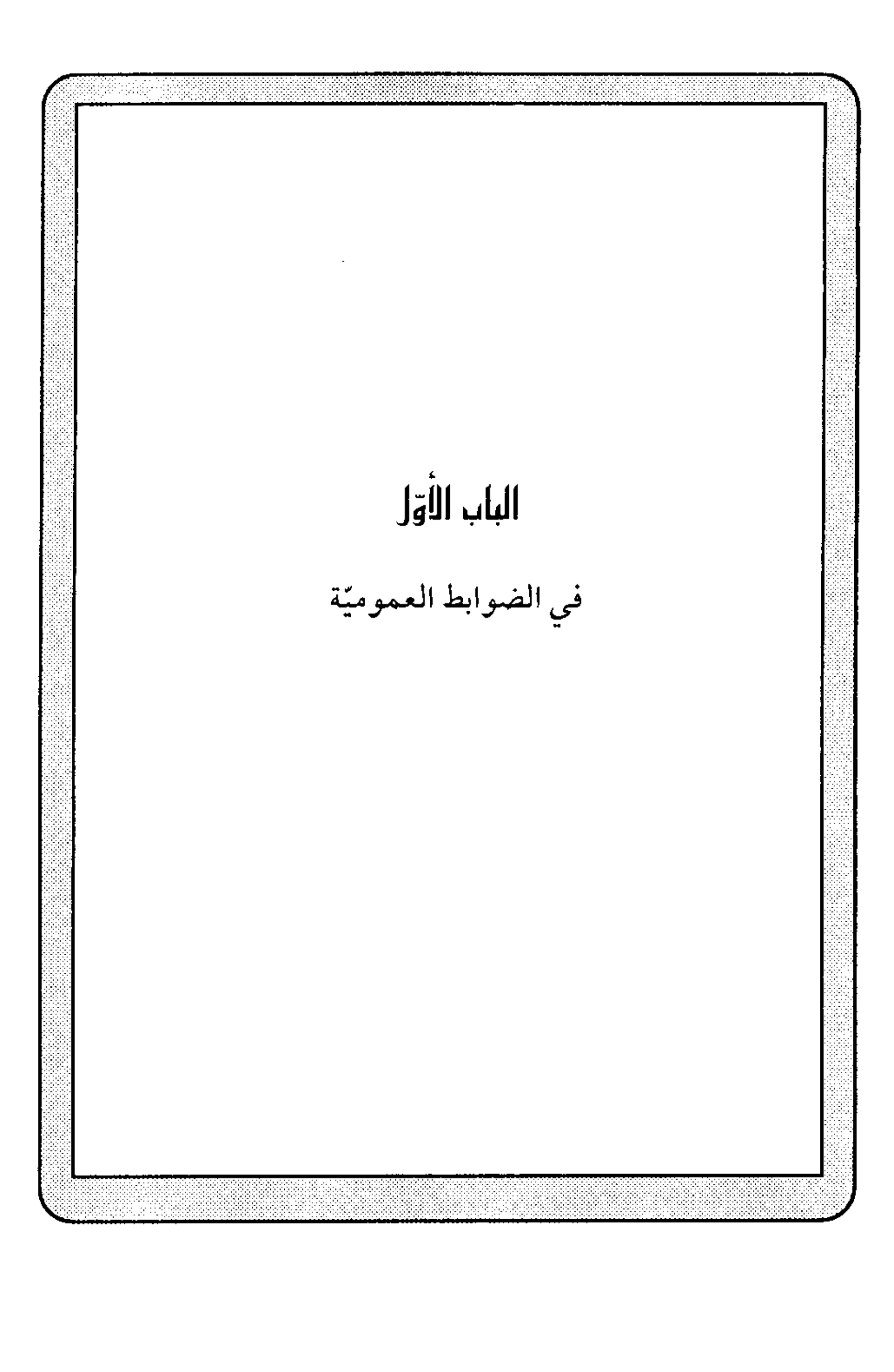
أمّا ما ذكر في (المجلّة) في مقدّمة الإجارة المشتملة على الاصطلاحات الفقهيّة فيها فهي مستدركة لا حاجة إلى شيء منها ؛ ضرورة أنّه ما من عربي عريق أو لصيق إلاّ وهو يعرف المستأجِر ـ بالكسر ـ والمستأجَر ـ بالفتح ـ والمأجور والأجير والأُجرة ومحلّ الاستغلال ـ أي : الموضع المعدّ للإيجار من غيره ـ والمسترضِع هو من استأجر ظئراً للرضاعة .

فكلّ هذه الموادّ واضحات ، وتوضيح الواضح من العبث ، فيلزم ـ لو حرّرت (المجلّة) ونقحت ـ حذف كلّ ما هو من هذا القبيل ، لذا لم نذكرها .

---

(١) لاحظ الجواهر ٢٧ : ١٥٦ .





الباب الأوّل

في الضوابط العموميّة



(مادّة : ٤٢٠) المعقود عليه في الإجارة هو المنفعة [١] .

لا يخفى ما في هذا التعبير من التسامح ، بل الخلل ؛ فإنّ عقد الإجارة يتسلّط على العين ولكن باعتبار المنفعة ، لا على المنفعة مباشرة ، فتقول : آجرتك الدار ، ولا تقول : آجرتك المنفعة .

ولو قلت : ملّكتك المنفعة ، فالمشهور وإن كان يظهر منهم الصحّة [٢] ، ولكن صحّته إجارة لا تخلو من نظر ؛ فإنّ حقيقة الإجارة تسليط على العين باعتبار المنفعة ، فإن قلنا بصحّته فهو عقد بنفسه .

وتحرير البحث هنا بالنظر الدقيق يتوقّف على بيان أمرين مهمّين :

الأوّل : منافع الأعيان من عقار أو إنسان أو حيوان قبل العمل أو الاستعمال

---

(١) ورد : (هي) بدل : (هو) في درر الحكّام ١ : ٣٨١ ، وردت المادّة نصّاً في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٢٣٦ .

والمذكور في هذه المادّة هو ما ذهب إليه الحنفيّة .

وعند المالكيّة والشافعيّة : أنّ المعقود عليه إمّا إجارة منافع أعيان وإمّا إجارة منافع في الذمّة .

وعند الحنابلة : محلّ العقد أحد ثلاثة : إجارة عمل في الذمّة ، أو إجارة عين موصوفة في الذمّة ، أو إجارة عين معيّنة لمدّة محدّدة .

انظر : المغني ٦ : ٤ ـ ٥ و٨ ، البناية في شرح الهداية ٩ : ٢٦٨ ، التوضيح للشويكي ٢ : ٧٣٥ و٧٤٠ ، كشّاف القناع ٣ : ٥٤٦ و٤ : ٢ وما بعدها ، حاشية القليوبي على شرح المنهاج ٣ : ٦٨ ، الفتاوىٰ الهندية ٤ : ٤١١ ، حاشية الدسوقي علىٰ الشرح الكبير ٤ : ٣ .

(٢) لاحظ : المسالك ٥ : ١٧٢ ، الرياض ١٠ : ٨ .

معدومة في الخارج بالضرورة ، والمعدوم لا يصلح للعقد عليه أصالة وإن أمكن تبعاً ، ولكن المنافع مطلقاً وإن كانت معدومة حقيقة ، ولكن لها ـ باعتبار العقلاء ـ نحو من الوجود قائم بوجود الأعيان قيام المظروف بالظرف والحال في المحلّ ، يعني : قيام شيء في شيء وإن كان واقع أمرها أنّها قيام شيء بشيء ، يعني : قيام الصفة بالموصوف والعرض بالمعروض ، ولكنّ العرف قد يراها بمنظار مكبّر أنّها موجودات متأصّلة مع الأعيان أو في الأعيان ، فيصحّ ـ بهذا الاعتبار ـ لحاظها مستقلّة وإيقاع العقد عليها مباشرة بتمليك أو وصية أو صدقة .

وهذه المعاني لا ربط لها بالإجارة ، إنّما الإجارة لحاظ المنافع بأحد الوجهين الأوّلين التي تلحظ بها المنافع قائمة بالعين قيام عروض أو قيام حلول .

وبهذا اللحاظ يوقعون العقد على العين باعتبار تلك الشؤون القائمة بها .

وقد عرفت أنّ هذه الشؤون والمنافع هي المقوّمة لمالية العين ، ولكن تارةً تندكّ في العين فيجري العقد على العين مطلقة مرسلة ، وأُخرى على العين مقيّدة محصّلة .

فالأوّل هو البيع ، والثاني هو الإجارة ، ويلحق بالأوّل ـ وإن لم يكن من صميمه وحقيقته ـ تمليك العين ، وبالثاني كذلك تمليك المنفعة .

ومن هنا يظهر لك التسامح في تعريفهم الإجارة بأنّها : تمليك المنفعة ، والخلل في (المجلّة) أنّ المعقود عليه في الإجارة هو المنفعة ، بل المعقود عليه في البيع والإجارة شيء واحد وهو العين ليس إلاّ ، ولكن اللحاظ

والاعتبار مختلف .

وهذه المعاني ارتكازية عند العقلاء وإن كان لا يحسن تحليلها وتفكيك عناصرها إلاّ أنا أو أنت ويغفل الكثير عنها ، والله ولي التوفيق للجميع .

الثاني : لا يذهبنّ بك الوهم ـ كما توهّم جماعة [١] ـ أنّ المراد بالمنفعة هنا خصوص المعاني التي لا عين لها في الخارج من الأعراض المقولية كسكنى الدار ولبس الثوب وعمل الخياطة ، بل المنفعة تعمّ حتّى الأعيان إذا كانت نماءً لأعيان أُخرى مثل : الشاة وصوفها وثمرة النخيل والأشجار ، بل ويشمل نتاج الأنعام وأولادها .

فيصحّ أن يؤجّر الدابّة والشاة باعتبار جميع نماءآتها حتّى أولادها ، وتؤجره [٢] النخيل باعتبار كلّ منفعة فيه حتّى التمر والسعف والكرب .

ولا تقدح في ذلك القاعدة المشهورة في ضابطة (ما يصحّ إجارته) : أنّه ما لا تستهلك عينه بالانتفاع به ، أو ما يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه .

فإنّ جميع ذلك محفوظ ، فإنّ الإجارة تعلّقت بالشاة ، ولبنها وصوفها منافع لها وإن كانت أعياناً ، ولا يضرّ استهلاكها مع بقاء عين الشاة ، وهكذا النخيل والأشجار وأمثالها .

ومن هنا ظهر ضعف ما توهّمه بعض شرّاح (المجلّة) حيث يقول : (الإجارة الواقعة على الحوض لاصطياد أسماكه أو أخذ مائه ، وعلى

---

(١) سيأتي ـ عمّا قريب ـ أنّهم بعض شرّاح (المجلّة) .

(٢) هكذا في المطبوع ، والظاهر أنّ الصحيح هو : يؤجّر .

الحرش [١] لقطع أشجاره أو لرعي الأغنام فيه ، أو على الأشجار لأخذ ثمارها ، والأغنام لأخذ صوفها ، والأبقار لأخذ حليبها ، [هذه الإجارة] باطلة [٢] .

بل الحقّ ـ كما عرفت ـ أنّها جميعاً صحيحة ، ولا تزال السيرة جارية على إجارة الأرض لرعي الأغنام في نباتها وعشبها (شاة مرتع) .

وكأنّه توهّم أنّ المنفعة مختصّة بالأعراض التي لا وجود لها في الخارج إلاّ في موضوعاتها ، ولم يعرف أنّ منفعة كلّ شيء بحسبه .

(مادّة : ٤٢١) الإجارة ـ باعتبار المعقود عليه ـ على نوعين :

النوع الأوّل : الوارد على منافع الأعيان ، ويقال للشيء المؤجّر : عين المأجور .

وتنقسم إلى ثلاثة أقسام :

الأوّل : إجارة العقار .

الثاني : إجارة العروض ، كإيجار الملابس والأواني .

الثالث : إجارة الدوابّ .

[النوع] الثاني : عقد الإجارة على العمل ، وهنا يقال للمأجور : أجير ، كاستئجار الخدمة والعملة .

---

(١) الحرشاء : ضرب من النبات . (الصحاح ٣ : ١٠٠٠) .

(٢) لا يوجد ـ في ما بأيدينا من شروح (المجلّة) ـ هكذا نصّ ، وقريب ممّا ذكر ما في درر الحكّام ١ : ٣٨٢ .

واستئجار أرباب الحرف والصنائع من هذا القبيل ، حيث إنّ إعطاء السلعة للخيّاط ـ مثلاً ـ ليخيط ثوباً يصير إجارة على العمل ، كما أنّ تقطيع الثوب ـ على أنّ السلعة من الخيّاط ـ استصناع [1] .

سكنى الدار وركوب الدابّة كعمل الإنسان من بناء أو حياكة أو صياغة وغيرها وكثمرة البستان ونحوها ، كلّها تندرج في المنفعة ، ويجمعها أنّها فوائد أعيان لا تهلك العين باستهلاكها ، ويستعمل في عمل الإنسان أنّه أجير ، وفي الدابّة والدار مستأجرة ومأجور .

---

(١) وردت المادّة في شرح المجلّة لسليم اللبناني (١ : ٢٣٦) بالصيغة التالية :
(الإجارة ـ باعتبار المعقود عليه ـ نوعان :
الأوّل : عقد الإجارة الوارد على منافع الأعيان ، ويقال للشيء المؤجّر : عين المأجور ، وعين المستأجر أيضاً .
وهذا النوع ينقسم إلى ثلاثة أقسام :
الأوّل : إجارة العقار ، كإيجار الدور والأراضي .
القسم الثاني : إجارة العروض ، كإيجار الملابس والأواني .
الثالث : إجارة الدوابّ .
النوع الثاني : عقد الإجارة الوارد على العمل ، وهنا يقال للمأجور : أجير ، كاستئجار الخدمة والعملة وأرباب الحرف والصنائع .
فإنّ إعطاء السلعة للخيّاط ـ مثلاً ـ ليخيطها ثوباً يعدّ إجارة على العمل ، كما أنّ استخياط الثوب ـ على أنّ السلعة من عند الخيّاط ـ استصناع) .
أمّا في درر الحكّام (١ : ٣٨٢) فقد ورد : (على نوعين) بدل : (نوعان) ، مع بعض الاختلاف في ذيل المادّة حيث جاء بعد كلمة : (الصنائع) ما نصّه :
(هو من هذا القبيل ، حيث إنّ إعطاء السلعة للخيّاط ـ مثلاً ـ ليخيط ثوباً يصير إجارة على العمل ، كما أنّ تقطيع الثوب ـ على أنّ السلعة من عند الخيّاط ـ استصناع) .
قارن : شرح فتح القدير ٨ : ٩ ، البناية في شرح الهداية ٩ : ٢٧٩ .

وليس الاستصناع ـ كما عرفت ـ في مثل : خياطة الثوب وتقطيعه إلاّ إجارة على عمل .

وكلّ عين يجوز إيجارها واستيجارها باعتبار فائدة تحصل منها مع بقائها ، ولا يخرج إلاّ ما ينحصر استيفاء فائدته بزوال عينه ، كالمأكولات والمشروبات ، والزرع من حيث هو لا من حيث الأرض ، وهكذا .

(مادّة : ٤٢٢) الأجير على قسمين :

القسم الأوّل هو : الأجير الخاصّ الذي استؤجر على أن يعمل للمستأجر فقط ، كالخادم الموظّف .

والقسم الثاني هو : الأجير المشترك الذي ليس بمقيّد بشرط أن لا يعمل لغير المستأجر ، كالحمّال والدلاّل والخيّاط والساعاتي [1] .

---

(١) للمادّة تكملة ، وتكملتها ـ على ما في درر الحكّام : ١ : ٣٨٣ ـ هي :

(والصائغ وأصحاب كروسات [أي : عربات] الكراء وأصحاب الزوارق الذين هم يكارون في الشوارع والجوّال مثلاً .

فإنّ كلاً من هؤلاء أجير مشترك لا يختصّ بشخص واحد ، وله أن يعمل لكلّ أحد .

لكنّه لو استؤجر أحد هؤلاء ـ على أن يعمل للمستأجر إلىٰ وقت معيّن ـ يكون أجيراً خاصاً في مدّة ذلك الوقت .

وكذلك لو استؤجر حمّال أو ذو كروسة أو ذو زورق إلىٰ محلّ معيّن بشرط أن يكون مخصوصاً بالمستأجر وأن لا يعمل لغيره ، فإنّه أجير خاصّ إلىٰ أن يصل إلى ذلك المحلّ) .

ووردت المادّة مع هذه الزيادة وببعض الاختلافات في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٢٣٦ ـ ٢٣٧ .

وراجع : الهداية للمرغيناني ٣ : ٢٤٤ و ٢٤٥ ، المغني ٦ : ١٠٥ ـ ١٠٦ ، البناية في شرح الهداية ٩ :

←

هذا التقسيم غير عامٍّ ولا مستوعب ، والتقسيم الجامع العامّ في المقام : أنّ الإجارة ـ بجميع أنواعها لعين من الأعيان أو لحيوان أو إنسان ـ إمّا أن تكون شخصيّة أو كليّة ، والشخصيّة إمّا أن تكون مشخّصة من كلّ جهة أو من جهة دون أُخرى ، فالأقسام ثلاثة :

[**الأوّل**] : كليّة ، كما لو استأجرته على خياطة كلّي معيّن بالوصف أو خياطة هذا الثوب المعيّن .

وهذا واسع تدخل فيه أكثر الإجارات ، ومنه الأجير المشترك المذكور في (المجلّة) الذي لم يقيّد بشرط أن لا يعمل لغير المستأجر ، كالحمّال والدلاّل والخيّاط والساعاتي ، فإنّهم مأجورون على عمل كلّي ، وهو خياطة الثوب وإصلاح الساعة مطلقاً من حيث المباشر ومن حيث الوقت ، فلا ينافيه أن يكون مستأجراً لمتعدّدين .

كما أنّ صاحب الزورق وأمثاله يؤجّر نفسه لإيصالك إلى المحلّ الفلاني في زورقه ، فلا يقدح تعدّد الإجارة ، فإنّ الاجارة وقعت على كلّي في الذمّة ، والذمّة واسعة لا تزاحم في ما تشتمل عليه مهما تعدّد .

الثاني : المشخّصة من جهة أو جهات مخصوصة ، لا من كلّ جهة .

وهذه أيضاً ملحقة بالكلّي ، ولكن الكلّي المقيّد ، كما لو استأجره على خياطة هذا الثوب ، ولكن بالنحو الخاصّ أو الوقت المعيّن .

← ٣٧٦ و ٣٨٦ ، التاج والإكليل ٥ : ٤٣١ ، مواهب الجليل ٥ : ٤٣١ ، كشّاف القناع ٤ : ٣٢ ـ ٣٣ ، حاشية القليوبي علىٰ شرح المنهاج ٣ : ٨١ .

ومهما تكثّرت القيود والشروط لا تخرج عن كونها كلّية .

الثالث : المشخّصة من كلّ جهة ، كما لو استأجره على خياطة هذا الثوب بنفسه في هذه الساعة المعيّنة أو في اليوم المعيّن وأمثال ذلك .

وهذه هي الإجارة الشخصية التي لا مجال فيها للتعدّد ، والأجير هو الأجير الخاصّ الذي لا يجوز أن يعمل لغيره في ذلك الوقت المعيّن .

وسيأتي ـ إن شاء الله ـ حكم الأجير الخاصّ لو خالف ما استؤجر عليه [١] .

ومن هذا القبيل المستأجر على الخدمة شهراً معيّناً أو سنة معيّنة أو سنين .

هذا بالنسبة إلى عمل الإنسان .

ونظيره بالنسبة إلى الأعيان من عقار أو حيوان ، فإنّك تارةً تؤجّره دابّة أو داراً موصوفة بأوصاف معيّنة ، فيجب أن تدفع له داراً بتلك الأوصاف تكون مصداقاً لذلك الكلّي الذي وقعت إجارتك عليه ، وتارةً تؤجّره هذه الدابّة المعيّنة أو الدار المعيّنة ، فهذه إجارة شخصية ، فلو آجرتها من غيره ثانياً وقعت باطلة أو فضولية موقوفة على إجازة المستأجر الأوّل ؛ لأنّه ملك منافع هذه الدار المعيّنة .

فقد ظهر من كلّ هذه أنّ الضابطة العامّة والتامّة هو : أنّ الإجارة إمّا شخصية أو كليّة ، وباختلافهما تختلف الأحكام ، وليس المدار على الأجير الخاصّ أو الأجير المشترك ، بل على نحو الإجارة وكيفيتها .

---

(١) سيأتي في ص ١٦١ و ١٩٦ .

ومنه ظهر ما في :

(مادّة : ٤٢٢) الأجير على قسمين :

الأجير الخاصّ الذي استؤجر على أن يعمل للمستأجر فقط ، كالخادم الموظّف [...] إلى آخر ما ذكر .

فإنّ عدم جواز عمله للغير إنّما هو من جهة أنّ الإجارة شخصية وأن يعمل بنفسه في الوقت المعيّن .

ولو استأجره على حصول الخدمة وقضاء حوائجه المعيّنة في العقد جاز أن يقم مقامه عاملاً وهو يعمل للغير .

(مادّة : ٤٢٣) كما جاز أن يكون مستأجر الأجير الخاصّ شخصاً واحداً ، كذلك يجوز أن يكون الأشخاص المتعدّدة الذين هم في حكم شخص واحد مستأجري أجير خاصٍّ .

بناءً عليه لو استأجر أهل القرية راعياً على أن يكون مخصوصاً لهم بعقد واحد يكون الراعي أجيراً خاصّاً ، ولكن لو جوّزوا أن يرعى دواب غيرهم كان الراعي أجيراً مشتركاً [١] .

---

(١) ورد : (قرية) بدل : (القرية) ، و : (بهم) بدل : (لهم) ، ووردت زيادة : (حينئذٍ ذلك) بعد لفظ : (كان) ، في درر الحكّام ١ : ٣٨٦ .

ووردت المادّة بالصيغة التالية في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٢٣٧ ـ ٢٣٨ :

(كما جاز أن يكون مستأجر الأجير الخاصّ شخصاً واحداً جاز أيضاً أن يكون مستأجره عدّة أشخاص هم في حكم شخص واحد .

←

لا معنى للتجويز هنا ، إلاّ أن يكونوا قد استأجروه على حصول العمل الخاصّ وهو الرعي ، إمّا مقيّداً بمباشرته أو مطلقاً ، فتكون الإجارة كليّة وله أن يعمل للغير .

أمّا لو استأجروه على أن يجعل منافعه هذا الشهر أو السنة مقصورة على رعي غنمهم كانت الإجارة شخصية ، ولا يجوز أن يرعىٰ غنم غيرهم ، بل ولا يجوز له أيّ عمل آخر .

(مادّة : ٤٢٤) الأجير المشترك لا يستحقّ الأُجرة إلاّ بالعمل [١] .

من الواضح أنّ التسليم والتسلّم لازمان في الإجارة كلزومهما في البيع ، ولكن يمكن تحقّقهما بجلاء في البيع الذي هو معاوضة في الأعيان بخلافه في الإجارة التي هي تعويض على المنافع ، وهي ـ لكونها تدريجية الحصول ومن الأعراض غير القارّة ـ لا يمكن تسليمها وتسلّمها دفعة كالأعيان .

إذاً فلا بدّ أن يكون نحو التسليم والتسلّم فيها بطور آخر ، وهو تسليم العين التي وقعت الإجارة على منافعها .

فإذا استأجرت الدابّة للركوب ، فتسليم منافع الدابّة أو الدار تسليم عينها ليستوفي المنفعة منها ، فيسلّمك الدابّة وتسلّمه الأُجرة على نحو التقابض في

← ومن ثمّ لو استأجر أهل قرية راعياً على أن يكون خاصّاً بهم بعقد واحد كان ذلك الراعي أجيراً خاصّاً ، ولكن لو أجازوا له أن يرعىٰ دواب غيرهم كان حينئذٍ ذلك الراعي أجيراً مشتركاً) .
لاحظ : المبسوط للسرخسي ١٥ : ١٦٠ ، مجمع الأنهر ٢ : ٣٩٣ ، بدر المتقى في شرح الملتقى (بهامش مجمع الأنهر) ٢ : ٣٩٣ .

(١) انظر : شرح فتح القدير ٨ : ٦٢ ، تبيين الحقائق ٥ : ١٣٤ ، البناية في شرح الهداية ٩ : ٣٧٦ ، الفتاوىٰ الهندية ٤ : ٥٠٠ .

البيع .

وإن كانت الأُجرة على عمل فتسليمه أن يهيء معدّات العمل ، فيحضر هو أو من يتحصّل به العمل ، وبذلك يتحقّق التسليم ويستحقّ الأُجرة .

ولكن جرت العادة في باب إجارة الأعمال ـ نظراً إلى احتمال عروض الموانع من الاستمرار على العمل إلى تمامه ـ أن تدفع الأُجرة بعد استكماله ، وحقّه أن يستلمها عند التهيء والشروع ، فإنّ الشخص هنا كالعين هناك ، فكما أنّه إذا سلّم الدار المستأجرة يستحقّ الأُجرة ، كذلك هنا إذا سلّم نفسه أو نفس المستأجر على العمل يستحقّ الأُجرة ، ولا فرق في ذلك بين الأجير المشترك أو الخاصّ .

وعبارة (المجلّة) في هذه المادّة مجملة ، لا يعلم هل المراد أنّ الأجير المشترك لا يستحقّ الأُجرة إلاّ بالعمل ـ أي : بعد العمل ـ أو عند الشروع بالعمل ؟

ولكن يظهر أنّ المراد الأوّل من مقابلته بالأجير الخاصّ في :

(مادّة : ٤٢٥) الأجير الخاصّ يستحقّ الأُجرة إذا كان في مدّة الإجارة حاضراً للعمل ، ولا يشترط عمله بالفعل ، ولكن ليس له أن يمتنع عن العمل ، وإذا امتنع فلا يستحقّ الأُجرة[1] .

---

(١) ورد : (لكن) بدل : (ولكن) ، و : (لا) بدل : (فلا) في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٢٣٩ . ولم ترد كلمة : (الخاصّ) في درر الحكّام ١ : ٣٨٧ .

قارن : شرح فتح القدير ٨ : ٦٨ ـ ٦٩ ، تبيين الحقائق ٥ : ١٣٧ ، البناية في شرح الهداية ٩ : ٣٨٦ ـ ٣٨٧ ، الفتاوىٰ الهندية ٤ : ٥٠٠ .

والتحقيق : ما أوضحناه لك من عدم الفرق بين الأجيرين من حيث أصل الاستحقاق بمقتضى العقد وإن جرت العادة ـ نظراً إلى تلك الملاحظة ـ على الفرق بينهما ، فافهم ذلك وتدبّره .

(مادّة : ٤٢٦) من استحقّ منفعة معيّنة بعقد الإجارة له أن يستوفي عينها أو مثلها أو ما دونها ، ولكن ليس له أن يستوفي ما فوقها .

مثلاً : لو استأجر الحدّاد حانوتاً على أن يعمل فيه صنعة الحدادة له أن يعمل فيه صنعة مساوية في المضرّة لصنعة الحدّاد ، ولو استأجر داراً ليسكنها فله أن يضع أشياءه فيها ، ولكن ليس لمن استأجر حانوتاً للعطارة أن يصنع فيه صنعة الحدّاد [1] .

هذه المادّة مشوّشة غير وافية بإيضاح المراد وإعطاء الضابطة .

وكان يلزم أن تضمّ إليها المادّة التي بعدها :

[(مادّة : ٤٢٧)] كلّ ما اختلف باختلاف المستعملين يعتبر فيه التقييد .

---

(١) ورد : (يعمل) بدل : (يصنع) في درر الحكّام ١ : ٣٨٩ .

ووردت زيادة كلمة : (كان) بعد : (الإجارة) ، وورد : (صنعته) بدل : (صنعة الحدادة) ، وبعد كلمة (داراً) وردت عبارة : (للسكنىٰ فلم يسكنها بل وضع فيها أمتعته ، فذلك جائز) ، وورد : (يعمل) بدل : (يصنع) ، في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٢٣٩ .

راجع : تبيين الحقائق ٥ : ١١٣ و١١٦ ، الفتاوىٰ الهندية ٤ : ٤٧٠ ، حاشية الدسوقي علىٰ الشرح الكبير ٤ : ٤٤ .

مثلاً : لو استكرى أحد دابّة لركوبه ليس له أن يركبها غيره [١] .

وتحرير هذا البحث ببيان ينجلي به وجه الحقيقة :

أنّه يلزم في عقد الإجارة ـ كما عرفت ـ تعيين المنفعة أو العمل المستأجر عليه بنحو تنحسم به كلّ خصومة محتملة ورافع لكلّ غرر وجهالة .

فلو استأجر دابّة فكما يلزمه تعيين الزمن لركوبها والمسافة ومن أين وإلى أين ، كذلك يلزمه أن يعيّن مَن الذي يركبها ، وهل هي شخصية فلا يستوفيها إلاّ هو أو شخص معيّن ، أو كلّية يملكها هو ويستوفيها هو أو من يشاء ، وإذا كانت للحمل لا للركوب وجب عليه تعيين الوزن وجنس المحمول من قطن أو حديد أو طعام .

وكذلك إذا استأجر حانوتاً يلزمه أن يعيّن المهنة التي يزاولها من حدادة أو نجارة أو غيرها من الصنائع التي تختلف تأثيراتها على العقارات وعلى الأبنية ، وهي الأعمال التي يعتبر فيها التقييد والتعيين .

فإن أوضح وقيّد في متن العقد تعيّن ، وإن أطلق ـ يعني : استأجر هذا الحانوت سنة معيّنة أو هذه السنة ولم يذكر ما يشتغل فيه ، أو استأجر هذه الدابّة للحمل من النجف إلى بغداد ولم يعيّن الوزن والجنس ـ فإن كان هناك عرف ينصرف إليه الإطلاق أو قرينة مقالية أو حالية يبتني العقد عليها في

---

(١) ورد : (لركوبه دابّة) بدل : (دابّة لركوبه) في : شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٢٤٠ ، درر الحكّام ١ : ٣٩١ .

ولاحظ : شرح فتح القدير ٨ : ٢٤ و٢٦ ، تبيين الحقائق ٥ : ١١١ ـ ١١٢ و١١٥ ـ ١١٦ ، البناية في شرح الهداية ٩ : ٣٠٢ و٣١٠ ، الفتاوىٰ الهندية ٤ : ٤٢٥ ، اللباب ٢ : ٩١ .

تقييد تلك الجهات وتحديدها ، تعيّنت وصارت بحكم المذكور في العقد ، وإن لم يكن عرف أشكل صحّة العقد ؛ للجهالة والغرر اللذين هما مثار للخصومة والنزاع وتفكّك الأوضاع .

ولكن لو عيّنا صنعة أو صفة فتجاوزها ، فإمّا أن يكون التجاوز إلى صنعة أُخرى تغايرها بالحقيقة ، كما لو عيّنا الحدادة فتجاوزها إلى النجارة ، أو استأجر الدابّة لحمل وزنة من الخشب فحمل عليها وزنة من الشعير ـ مثلاً ـ ففيها تفصيل يأتي بيانه ، وإن تجاوزها إلى ما يغايرها بالكم فقط ، فإن زاد ـ كما لو حمل عليها من الخشب وزنتين ـ كان ضامناً ، ولصاحب الدابّة الخيار بين أن يفسخ فيأخذ أُجرة المثل على الوزنتين ، وبين الإمضاء ويأخذ أُجرة المثل للوزنة الثانية ، وإن حمل عليها الأنقص ـ كما لو حمل عليها نصف وزنة ـ صحّت ، وليس للمستأجر المطالبة بأُجرة الباقي ؛ لأنّه قد فوّته باختياره .

وقد ظهر ممّا ذكرنا أنّ من استأجر الحانوت لصنعة من حدادة أو غيرها ليس له أن يشتغل فيه بصنعة مساوية للحدادة في المضرّة أو زائدة عليها أو ناقصة منها .

نعم ، لو كان الاختلاف في المقدار فقط ، فإن نقص صحّ ولا شيء ، وإن زاد فالخيار الذي عرفت .

كما أنّ قول (المجلّة) في :

(مادّة : ٤٢٧) لو استكرى أحد لركوبه دابّة ليس له أن يركبها غيره .

إنّما يتمّ في الإجارة الخاصّة الشخصية ، لا مطلقاً .

ومنه يستبين الخلل أيضاً في :

(مادّة : ٤٢٨) كلّ ما لم يختلف باختلاف المستعملين فالتقييد فيه لغو .

مثلاً : لو استأجر أحد داراً على أن يسكنها له أن يسكن غيره فيها [١] .

فإنّ المالك إذا اشترط أن يسكنها المستأجر إمّا وحده أو مع عياله ولا يسكن غيره فيها لزم الشرط وصحّ التقييد سواء كان يختلف باختلاف المستعملين أم لا ، وأدلّة الشروط عامّة .

فلو خالف كان للمالك الخيار بين الفسخ وردّ المسمّى وأخذ أُجرة المثل ، وبين الإمضاء والمطالبة بالزائد إن كان ثمّة زيادة .

نعم ، في الإجارة الكلّية التي يملك فيها منفعة الدار المطلقة لا المنفعة الخاصّة لا مانع من أن يسكنها من يشاء ، ولكن بالمقدار المتعارف أيضاً بالنسبة إلى ما تتحمّله تلك الدار .

فقول (المجلّة) : **إنّ ما لا يختلف فالتقييد فيه لغو** ـ على إطلاقه ـ غير صحيح .

---

(١) ورد : (لا) بدل : (لم) في درر الحكّام ١ : ٣٩٢ .

ووردت المادّة مع التغيير المزبور وبزيادة لفظ : (كان) بعد : (يسكنها) في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٢٤١ .

راجع : المدوّنة الكبرىٰ ٤ : ٥١٤ ، المغني ٦ : ٥١ ، المجموع ١٥ : ١٣ و ٥٧ ، تكملة شرح فتح القدير ٨ : ٢٦ ، تبيين الحقائق ٥ : ١١٦ ، البناية في شرح الهداية ٩ : ٣١٠ ، مجمع الأنهر ٢ : ٣٧٧ ، كشّاف القناع ٣ : ٥٦٥ ، الفتاوىٰ الهندية ٤ : ٤٧٠ .

(مادّة : ٤٢٩) يجوز للمالك أن يؤجّر حصّته الشائعة من الدار المشتركة لشريكه إن كانت قابلة للقسمة أو لم تكن ، وليس له أن يؤجّرها لغيره ، ولكن بعد المهاياة له أن يؤجّر نوبته للغير [1] .

وتحرير البحث في إجارة المشترك ـ أي : المشاع ـ : أنّ المشاع إن آجر الشريكان حصّتهما لثالث أو آجر أحدهما على الآخر فلا إشكال ، وإن آجر كلّ واحد منهما حصّته لأجنبي ، فإن كان المشاع يتّسع للمستأجرين فلا إشكال أيضاً في صحّة الإجارتين وانتفاعهما معاً ولا تزاحم ، وإن كان لا يتّسع ، فإن أمكن قسمته ولا ضرر يجبران عليها أو يتّفقان على الإجارة لأحدهما وقسمة الأُجرة بينهما ، وإن كان في قسمته ضرر ، فإمّا أن يتّفقا على الإجارة الواحدة أيضاً وإبطال الأُخرى أو يجبر الحاكم المستأجرين على المهاياة الزمنية ، فإن لم يوافق الشريكان أو المستأجران على شيء من ذلك أجبر الحاكم الشريكين على أحد الأمرين : من بيع المشاع على ثالث ، أو شراء أحدهما حصّة الآخر .

وليكن هذا أحد أنواع إزالة الشيوع الشائع في المحاكم الرسمية في هذه العصور ، وهو الأمر الواقع الذي لا محيص عنه في مثل هذه الخصومات ،

---

(١) وردت المادّة بدون كلمة : (يجوز) في : شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٢٤١ ، درر الحكّام ١ : ٣٩٢ .

وهذا هو ما ذهب إليه أبو حنيفة وزفر ، وهو أحد الوجهين في مذهب الحنابلة دون صاحبي أبي حنيفة والشافعيّة والمالكيّة ، وأحد وجهي مذهب أحمد بن حنبل ، واختاره المرداوي .

لاحظ : المهذّب للشيرازي ١ : ٣٩٥ ، بداية المجتهد ٢ : ٢٢٦ ـ ٢٢٧ ، المغني ٦ : ١٣٧ ، المجموع ١٥ : ١٧ ، تبيين الحقائق ٥ : ١٢٥ ـ ١٢٦ ، شرح العناية للبابرتي ٨ : ٤١ ، البحر الزخّار ٥ : ٣٥ ، الإنصاف ٦ : ٣٢ ، الشرح الصغير للدردير ٤ : ٥٩ ـ ٦٠ ، اللباب ٢ : ١٠٠ .

ويطّرد في كلّ ما لا يمكن قسمته من مثل : الرحى والطاحونة ومكينة الماء ومكينة الخياطة وأمثالها .

وممّا ذكر عرفت القدح في قول (المجلّة) : **وليس له** ـ أي : الشريك ـ **أن يؤجّر حصّته لغير شريكه .**

فإنّه لا مانع من إيجار الشريك حصّته لمن شاء بقاعدة : (الناس مسلّطون [على أموالهم]) [١] .

غايته أنّ كلاً من الشريكين لو آجر لأجنبي فحال المستأجرين حال المالكين ، لا يتصرّف أحدهما بالمشاع إلاّ برضا الآخر . فإن اتّفقا فذاك ، وإن اختلفا وتشاحا فالميزان ما ذكرنا من المهاياة أو إبطال إحدى الإجارتين أو إزالة الشيوع بأمر الحاكم على اختلاف الصور .

هذا كلّه في إجارة الشريكين معاً ، أو إجارة أحدهما الآخر .

وأمّا إجارة أحدهما فقط لأجنبي فلا يخلو إمّا أن يؤجّر حصّته من المشاع فقط ، أو يؤجّر تمام المشاع .

ففي الصورة الأُولى يقوم المستأجر مقام المالك الشريك تماماً ، فإمّا انتفاعهما بالعين معاً أو المهاياة أو إزالة الشيوع أو القسمة على اختلاف أنحاء العين المشاعة [فـ] حسبما أشرنا له [٢] .

وفي الثانية تمضي الإجارة في حصّته لزوماً ، وتبقى في حصّة شريكه

---

(١) تقدّمت هذه القاعدة في ج ١ ص ٢٥٥ .

(٢) الأنسب : إليه .

موقوفة على الإجازة ، فإن حصلت نفذت ، وإلاّ بطلت .

ثمّ المستأجر يكون حاله مع الشريك حال شريكه الآجر ، ويجري ما سبق ، فتدبّر هذا واغتنمه .

والضابطة العامّة في المقام : أنّه متى [ما] حصل التشاح والنزاع بين الشريكين في المشاع في أنفسهما أو في أجيريهما فالمرجع هو الحاكم ليجد حلاً مشروعاً لقطع مشاجرتهما ورفع خصومتهما ، ويختلف [ذلك] باختلاف الظروف والأحوال والبيئة والرجال .

(مادّة : ٤٣٠) الشيوع الطارئ لا يفسد عقد الإجارة .

مثلاً : لو آجر أحد داره ثمّ ظهر لنصفها مستحقّ تبقى الإجارة في نصفها الآخر الشائع (١) .

هذا ليس من الشيوع الطارئ أصلاً ، بل هو من الشيوع القديم .

ويمكن أن يجعل من الشيوع الطارئ ما لو آجر داره ثمّ باع نصفها أو آجر فمات فانتقلت إلى الورثة بناءً على الأصحّ عندنا من عدم بطلان الإجارة بموت المؤجّر كعدم بطلانها بموت المستأجر (٢) .

---

(١) لاحظ : تكملة شرح فتح القدير ٨ : ٤٣ ، تبيين الحقائق ٥ : ١٢٧ .

(٢) قال الشهيد الثاني معلّقاً علىٰ هذه المسألة وأنّ الإجارة لا تبطل بموت المؤجّر أو المستأجر : (وعليه المتأخّرون أجمع) . (المسالك ٥ : ١٧٥) .

ولاحظ : الكافي في الفقه ٣٤٨ ، السرائر ٢ : ٤٦٠ ، الشرائع ٢ : ٤١٣ ـ ٤١٤ ، المقتصر ٢٠٤ ، الجواهر ٢٧ : ٢٠٧ .

←

وعلى كلٍّ ، فقد عرفت أنّ الشريك إذا آجر تمام المشاع فهو فضولي بالنسبة إلى حصّة الشريك الآخر ، إن شاء أجاز وإن شاء فسخ سواء كانت الإشاعة معلومة من أوّل الأمر أو ظهرت بعد ذلك .

(مادّة : ٤٣١) يسوغ للشريكين أن يؤجّرا مالهما المشترك لآخر معاً [١] .

مثل :

ومقابل هذا القول من قال بالبطلان بموت المؤجّر خاصّة ، كما نقله العلاّمة الحلّي عن بعض علمائنا في التذكرة ٢ : ٣٢٥ .

ومن قال بالبطلان بموت المستأجر خاصّة . نُسب هذا القول للأكثر في المهذّب ١ : ٥٠١ ، ونُسب لابن طاووس في كشف الرموز ٢ : ٣٠ ، ونُسب للأظهر عند الأصحاب في المبسوط ٣ : ٢٢٤ .

ومن قال بالبطلان بموت أحدهما ، وهو خيرة الشيخين وسلاّر وبني زهرة وحمزة والبرّاج ، ونُسب للمشهور في : الشرائع ٢ : ٤١٣ ، والجواهر ٢٧ : ٢٠٦ .

وراجع : المقنعة ٦٤٠ ، الخلاف ٣ : ٤٩١ و٥٥٢ ، النهاية ٤٤٤ ، المراسم ١٩٦ ، المهذّب ١ : ٥٠١ ، الوسيلة ٢٦٧ ، الغنية ٢ : ٢٨٧ .

أمّا رأي فقهاء بقية المذاهب : فطائفة ذهبت إلىٰ أنّ الموت يبطل الإجارة مطلقاً ، وبه قال أبو حنيفة وأصحابه والليث بن سعد والثوري .

وطائفة ذهبت إلىٰ أنّ موت أحد الطرفين لا يفسخ الإجارة ، وبه قال الشافعي ومالك وأحمد وعثمان البتي وإسحاق وأبو ثور وابن المنذر .

انظر : المبسوط للسرخسي ١٥ : ١٣٧ و١٦ : ٥ ، بداية المجتهد ٢ : ٢٣٠ ، المغني ٦ : ٤٢ ، المجموع ١٥ : ٨٨ و٩٠ ، مغني المحتاج ٢ : ٣٥٦ ، تبيين الحقائق ٥ : ١٤٤ .

(١) هذا هو نصّ المادّة في درر الحكّام ١ : ٣٩٦ .

وورد : (يجوز) بدل : (يسوغ) ، و : (من آخر) بدل : (لآخر معاً) في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٢٤٢ .

قارن : تبيين الحقائق ٥ : ١٢٧ ، كشّاف القناع ٣ : ٥٦٤ .

(مادّة : ٤٣٢) يجوز إيجار شيء واحد لشخصين [١] .

وكلاهما من الواضحات .

---

(١) للمادّة تكملة ، وتكملتها ـ علىٰ ما في درر الحكّام ١ : ٣٩٦ ـ هي :
(وكلّ منهما لو أعطىٰ من الأُجرة مقدار ما ترتّب علىٰ حصّته لم يطالب بأُجرة حصّة الآخر ما لم يكن كفيلاً له) .
وراجع الفتاوىٰ الهندية ٤ : ٤٧٤ .

الباب الثاني

في بيان المسائل المتعلّقة بعقد الإجارة

و يشتمل على أربعة فصول

الفصل الأوّل

في بيان مسائل ركن الإجارة

(مادّة : ٤٣٣) تنعقد الإجارة بالإيجاب والقبول كالبيع [١] .

عرفت قريباً [٢] أنّ تحقّق معنى الإجارة وأثرها ـ وهو تملّك المنفعة بالمال ـ يقوم على ثلاثة أركان :

١ ـ العقد .

٢ ـ العاقدين : المؤجّر ، والمستأجر .

٣ ـ العوضين : المنفعة ، والأُجرة .

أمّا العقد فهو : الإيجاب والقبول ، كما في البيع ، ولكن الصيغة الصريحة هي : آجرت وكريت ، والقبول هو : استأجرت وقبلت وما أشبه ذلك من الألفاظ الصريحة .

أمّا مثل : بعتك المنفعة ، أو : صالحتك ، أو : ملّكتك ، فهو وإن صحّ وكانت

---

(١) لاحظ : مواهب الجليل ٥ : ٣٩٠ ، البحر الرائق ٧ : ٢٩٧ ، نهاية المحتاج ٥ : ٢٦٢ ، الشرح الصغير للدردير ٤ : ٧ و٨ ، الفتاوىٰ الهندية ٤ : ٤٠٩ ، حاشية الدسوقي علىٰ الشرح الكبير ٤ : ٢ ، حاشية ردّ المحتار ٦ : ٥ ، اللباب ٢ : ٨٨ .

(٢) وذلك في ص ٩ .

نتيجة الإجارة ، ولكن ليس هو منها بشيء فضلاً عن مثل : أعرتك ووهبتك وأضرابها وإن سبق إلى وهم كثير من شرّاح (المجلّة) دخولها في الإجارة [١] .

وقد سبق ما يوضّح لك ذلك ، فتدبّره .

كما أنّك عرفت في (الجزء الأوّل) أنّ الصيغة الصريحة في عامّة العقود هي صيغة الماضي دون الأمر والاستقبال [٢] ، كما أوضحت ذلك :

(مادّة : ٤٣٥) الإجارة كالبيع أيضاً ، تنعقد بصيغة الماضي ، ولا تنعقد بصيغة المستقبل [٣] .

(مادّة : ٤٣٦) كما أنّ الإجارة تنعقد بالمشافهة ، كذلك تنعقد بالمكاتبة ، وبإشارة الأخرس [٤] .

قد تقدّم في مباحث البيع أنّ العقود لا تصحّ بالكتابة ، والكتابة حاكية لا

---

(١) انظر : شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٢٤٣ ، درر الحكّام ١ : ٤٠٢ .

(٢) تقدّم ذلك في ج ١ ص ٣٤٤ ـ ٣٤٥ و٣٤٦ ـ ٣٤٧ .

(٣) للمادّة تكملة ، وتكملتها ـ على ما في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٢٤٣ ـ هي :
(مثلاً : لو قال أحد : سأُوجّر ، وقال الآخر : استأجرت ، أو قال واحد : آجر ، وقال الآخر : آجرت ، فعلى كلتا الصورتين لا تنعقد الإجارة) .
راجع الفتاوى الهندية ٤ : ٤٠٩ .

(٤) وردت زيادة كلمة : (المعروفة) آخر العبارة في : شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٢٤٣ ، درر الحكّام ١ : ٤٠٣ .
قارن : الأشباه والنظائر للسيوطي ٥٠٨ و٥١٢ ، حاشية ردّ المحتار ٦ : ٥ .

منشِئة ، فهي تحكي عن الألفاظ ، والألفاظ تحكي عن المعاني [١] .

أمّا إشارة الأخرس فمع عدم إمكان التوكيل تكفي إذا أفهمت .

ولا يقع شيء من العقود بالرسول ولا بالرسالة ، إلاّ إذا كان الرسول وكيلاً .

(مادّة : ٤٣٧) تنعقد الإجارة بالتعاطي أيضاً ، كالركوب في باخرة المسافرين وزوارق الشوارع ودواب الكراء من دون مقاولة ، فإن كانت الأُجرة معلومة أُعطيت ، وإلاّ أُجرة المثل [٢] .

إذا كانت الأُجرة معلومة أو اتّفقا على أُجرة معيّنة كانت إجارة معاطاتية ، وإلاّ لم تكن لا من الإجارة العقدية ولا المعاطاتية ؛ لما عرفت في البيع من أنّ المعاطاة يلزم أن تكون واجدة لكلّ ما يعتبر في البيع سوى العقد [٣] .

نعم ، إذا استوفى المنفعة بغير تواطئ على الأُجرة ولا معلومية لزمت أُجرة المثل من باب الضمان والغرامة ، فتدبّر .

(مادّة : ٤٣٨) السكوت في الإجارة يعدّ قبولاً ورضا .

---

(١) تقدّم ذلك في ج ١ ص ٣٣٩ و ٣٥٤ .

(٢) ورد : (الموانئ) بدل : (الشوارع) في : شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٢٤٣ ، درر الحكّام ١ : ٤٠٤ .

وهذا هو ما أجازه الحنفيّة والمالكيّة والحنابلة ، وهو قول عند الشافعيّة اختاره النووي وجماعة .

وقيّد القدّوري الحنفي الجواز بأنّه في الأشياء الخسيسة دون النفيسة .

وهو قول عند الشافعيّة ، والمذهب عندهم المنع .

لاحظ : المغني ٤ : ٤ ، مواهب الجليل ٥ : ٣٩٠ ، نهاية المحتاج ٣ : ٣٧٥ و ٥ : ٣٠٨ ، الشرح الصغير للدردير ٤ : ٨ ، الفتاوىٰ الهندية ٤ : ٤٠٩ ، حاشية ردّ المحتار ٥ : ٥١٤ ـ ٥١٥ و ٦ : ٥ .

(٣) تقدّم ذلك في ج ١ ص ٣٦١ .

مثلاً : لو استأجر رجل حانوتاً في الشهر بخمسين قرشاً ، وبعد أن سكن فيه مدّة شهر أتى الآجر ، وقال : إن رضيت بستين فاسكن ، وإلاّ فاخرج ، وردّه المستأجر ، وقال : لم أرض ، واستمرّ ساكناً ، يلزمه خمسون قرشاً ، كما في السابق . و إن لم يقل شيئاً ولم يخرج من الحانوت واستمرّ ساكناً يلزمه إعطاء ستين قرشاً .

كذلك لو قال صاحب الحانوت : مائة قرش ، وقال المستأجر : ثمانين ، وأبقى المالك المستأجر ، وبقي هو ساكناً أيضاً ، يلزمه ثمانون .

ولو أصرّ الطرفان في كلامهما واستمرّ المستأجر ساكناً تلزمه أُجرة المثل [1] .

لعمرك إنّه حكم غريب لا يساعده الوجدان ولا البرهان ! فإنّ المالك إذا قال : أنا لا أرضى بأن تسكن داري بستين في الشهر ، فإن رضيت ، وإلاّ فاخرج ، فقال الساكن : لا أرضى ، واستمرّ ساكتاً ، كيف يلزم المالك قبول الخمسين وقد صرّح بعدم رضاه إلاّ بستين ؟!

وبالجملة : فالمدار على قول المالك لا على ردّ المستأجر ، فإنّ السكوت إنّما يكون رضىً حيث لا يكون مسبوقاً بالردّ الصريح ، والمفروض أنّ

(١) ورد : (على كلامهما) بدل : (في كلامهما) في درر الحكّام ١ : ٤٠٤ .
وورد : (بخمسين قرشاً عن كلّ شهر) بدل : (في الشهر بخمسين قرشاً) ، ووردت زيادة : (برأس الشهر) بعد كلمة : (الآجر) ، ولم ترد كلمة : (إعطاء) قبل : (ستين قرشاً) ، وورد : (الفريقان علىٰ كلامهما) بدل : (الطرفان في كلامهما) .
ورد كلّ ذلك في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٢٤٤ ـ ٢٤٥ .
انظر الأشباه والنظائر لابن نجيم ٣٠٢ .

المالك صرّح بعدم رضاه إلاّ بالستين وقد أمره بالخروج إن لم يرض ، وأيّ دلالة أصرح من هذا ؟! فهل يعقل أن يكون السكوت مزيلاً لهذا البيان المعتمد على قاعدتي : (لا يحلّ مال إمرئ إلاّ بطيب نفسه) و : (الناس مسلّطون على أموالهم) ؟!

وبالجملة : فهذا ليس من موارد السكوت الذي يعتمد عليه ويستند إليه ، بل يجب عليه ـ في الفرض ـ أن يدفع الستين ، وهكذا في نظائره .

نعم ، الرجوع إلى أُجرة المثل في الصورة الأخيرة متجه كما لا يخفى ، وفي الصورة السابقة له وجه ، أمّا ما يقوله المستأجر فلا يلزم به المؤجّر قطعاً ، فليتدبّر .

(مادّة : ٤٣٩) لو تقاولا بعد العقد على تبديل البدل أو تزييده أو تنزيله يعتبر العقد الثاني [(١)] .

المقاولة بعد تمامية العقد الأوّل لا تجدي ولا ترفع ما وقع عليه ذلك العقد .

نعم ، لو فسخا العقد الأوّل وعقدا ثانياً يعتبر العقد الثاني ، ولغا الأوّل .

(مادّة : ٤٤٠) الإجارة المضافة صحيحة ، وتلزم قبل حلول وقتها .

بناءً عليه ليس لأحد العاقدين فسخ الإجارة بمجرّد قوله : ما آن

---

(١) وردت المادّة نصّاً في درر الحكّام ١ : ٤٠٦ .

وورد : (توافقا) بدل : (تقاولا) في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٢٤٥ .

وقتها [١].

تقدّم اصطلاحهم على أنّ الإجارة المنجّزة هي : الإجارة التي يتّصل استحقاق المنفعة بها بزمان العقد ، والمضافة هي : التي يتأخّر الاستحقاق فيها عن زمان العقد ، كما لو آجره الدار السنة التي بعد هذه السنة ، أو بعد هذا الشهر ، وهكذا [٢].

ولا ريب عندنا في صحّتها ولزومها كالمنجّزة [٣].

وكلّ إجارة إذا وقعت صحيحة لا يسوغ لأحدهما فسخها ، كما في :

---

(١) راجع : المبسوط للسرخسي ١٥ : ١٣١ ، المغني ٦ : ١٠ ، تبيين الحقائق ٥ : ١٢٢ ـ ١٢٣ ، كشّاف القناع ٤ : ٦ .
وهذا هو رأي الحنفيّة ، إلاّ الشيباني ، فجوّز ـ على رواية ـ الفسخ . (الفتاوىٰ الهندية ٤ : ٤١٠) .
ولم يجوّزه الشافعي ، لاحظ : المجموع ١٥ : ٣٦ ، مغني المحتاج ٢ : ٣٣٨ .

(٢) وذلك في (مادّتي : ٤٠٧ و ٤٠٨) ، ونصّهما ـ كما في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٢٣٤ ـ هو :
(مادّة : ٤٠٧) الإجارة المنجّزة : إيجار معتبر من وقت العقد .
(مادّة : ٤٠٨) الإجارة المضافة : إيجار معتبر من وقت معيّن مستقبل .
مثلاً : لو استؤجرت دار بكذا نقوداً لكذا مدّة اعتباراً من أوّل الشهر الفلاني الآتي تنعقد إجارة مضافة .
ولم يتعرّض لهما المصنّف ﷺ سابقاً ، فليلاحظ .

(٣) نُسب للمشهور في الجواهر ٢٧ : ٢٧٣ .
ونُسب القول بالبطلان في هذه الصورة إلى : الشيخ الطوسي في المسالك ٥ : ١٩٤ ، وأبي الصلاح الحلبي في الجواهر ٢٧ : ٢٧٣ .
ولاحظ الخلاف ٣ : ٤٩٦ .

(مادّة : ٤٤١) الإجارة بعدما انعقدت صحيحة لا يسوغ للآجر [١] فسخها بمجرّد ضمّ الخارج على الأُجرة .

لكن لو آجر الوصي أو المتولّي عقار اليتيم أو الوقف بأنقص من أُجرة المثل تكون الإجارة فاسدة ، وتلزم أُجرة المثل [٢] .

أمّا انفساخ إجارة عقار اليتيم والوقف إذا كانت أقل من ثمن المثل فيمكن أن يكون وجهه هو : أنّ أُجرة المتولّي أو الولي والوصي منوطة بالمصلحة ، فإذا لم توافق المصلحة تكون باطلة ، ولكن مع البطلان فإن استوفى المستأجر المنفعة يستوفي منه أُجرة المثل ، وإلاّ فتؤجّر بما فيه الغبطة لليتيم أو الوقف ، فلعلّما يحصل راغب بأكثر من أُجرة المثل ، فلا وجه للقول بها على الإطلاق .

(مادّة : ٤٤٢) لو ملك المستأجر عين المأجور بإرث أو هبة يزول حكم الإجارة [٣] .

---

(١) في المطبوع : (للآخر) ، و الظاهر أنّه تصحيف .

(٢) ورد : (يلزم أجر) بدل : (تلزم أُجرة) في درر الحكّام ١ : ٤٠٨ .

وفي شرح المجلّة لسليم اللبناني (١ : ٢٤٥ ـ ٢٤٦) ورد : (يجوز) بدل : (يسوغ) ، و : (زيادة) بدل : (ضمّ) ، و : (علىٰ) بدل : (في) ، و : (بأقلّ) بدل : (بأنقص) ، و : (فسدت الإجارة) بدل : (تكون الإجارة فاسدة) ، و : (لزم المستأجر أجر المثل) بدل : (تلزم أُجرة المثل) .

قارن : بداية المجتهد ٢ : ٢٢٩ ، المغني ٦ : ٢٠ ، الفتاوىٰ الهندية ٤ : ٤١٠ .

(٣) الأصح عند الشافعيّة والحنابلة والأولىٰ عند غيرهم أنّه لا تنفسخ الإجارة .

قارن : المدوّنة الكبرىٰ ٤ : ٤٦٥ ، مغني المحتاج ٢ : ٣٦٠ ، الإنصاف ٦ : ٦٤ ـ ٦٥ ، شرح منتهىٰ الإرادات ٢ : ٣٧٦ ، الفتاوىٰ الهندية ٤ : ٤٦٤ ، حاشية الصاوي علىٰ الشرح الصغير ٤ : ٥٥ .

أوضح مثال لهذا الفرع : ما لو استأجر داراً ثمّ اشتراها .

ثمّ إنّ شراءه لها لا يخلو إمّا أن يكون بعد استيفاء تمام المنفعة أو بعضها أو قبل استيفاء شيء منها .

أمّا الأُولى فلا إشكال في صحّة البيع والإجارة ، ويستحقّ المالك ثمن العين وأُجرة المنفعة ، وهو واضح .

وأمّا الثانية والثالثة فقد يقال : ببطلان الإجارة فيهما بالنسبة إلى الجميع في الأخيرة والثاني في الثانية ؛ بزعم أنّ الإنسان لا يدفع أُجرة على الانتفاع بملكه [1] .

وهو واضح الضعف؛ فإنّه لم يدفع أُجرة على الانتفاع بملكه ، بل على منفعة ملك غيره ، فإنّه حين تملّك المنفعة ما كان يملك العين ، وحين ملك العين لم يبق فيها منفعة ، بل ملكها مسلوبة المنفعة ، كما لو اشترى داراً مأجورة لغيره .

والخلاصة : أنّ البيع اللاحق لا يزاحم الإجارة الصحيحة السابقة ولا يبطلها ، بل كلاهما صحيحان مؤثّران ، هذا بالنسبة إلى العين وذاك بالنسبة إلى المنفعة ، فحكم (المجلّة) ببطلان الإجارة لا وجه له .

(مادّة : ٤٤٣) لو حدث عذر مانع لإجراء موجب العقد تنفسخ الإجارة [2] .

---

(١) القائل ـ علىٰ الظاهر ـ هو العلاّمة الحلّي في إرشاد الأذهان ١ : ٤٢٥ ـ ٤٢٦ .

(٢) للمادّة تكملة ، وتكملتها ـ علىٰ ما فيه درر الحكّام ١ : ٤١٣ ـ هي :

←

المقصود بهذه المادّة بيان أسباب انفساخ الإجارة وبطلانها بعد وقوعها صحيحة .

وقد أحسنت (المجلّة) في ضابطة الانفساخ إجمالاً ، وهي العذر المانع من إجراء موجب العقد .

وتفصيل ذلك : أنّ الانفساخ إمّا زوال العين التي هي محلّ الإجارة ، أو زوال المستأجر الخاصّ على العمل .

مثلاً : لو استأجر هذه الدابّة المعيّنة فماتت ، أو استأجره لقلع ضرسه فبرئ أو سقط ، أو استأجر الشخص المعيّن للعمل فمرض أو مات ، فلا إشكال في أنّ الإجارة تبطل في جميع هذه الفروض ، وكذا لو استأجر الدكّان فانهدم .

ثمّ إن كان زوال الموضوع قبل استيفاء شيء من المنفعة فلا إشكال في أنّها تنفسخ ويسقط تمام الأُجرة ، وإن كان بعد استيفاء مقدار منها فبالنسبة ، كما لو ركب الدابّة فماتت في منتصف الطريق ، فيمكن القول باستحقاق نصف الأُجرة على تأمّل .

← (مثلاً : لو استؤجر طبّاخ للعرس ومات أحد الزوجين تنفسخ الإجارة .

وكذلك من كان في سنّه ألم وقاول الطبيب على إخراجه بخمسين قرشاً ثمّ زال الألم بنفسه تنفسخ الإجارة .

وكذلك تنفسخ الإجارة بوفاة الصبي أو الظئر ، ولا تنفسخ بوفاة المسترضع) .

وهذا هو رأي الحنفيّة ، ويقرب منهم المالكيّة لا مطلقاً دون جمهور الفقهاء .

انظر : التفريع لابن الجلاّب ٢ : ١٨٧ ـ ١٨٨ ، المبسوط للسرخسي ١٦ : ٢ ، المهذّب للشيرازي ١ : ٤٠٥ ، الهداية للمرغيناني ٣ : ٢٥٠ ، حاشية القليوبي على شرح المنهاج ٣ : ٨١ و ٨٦ و ٨٧ ، الفتاوىٰ الهندية ٤ : ٤٥٨ ، الشرح الصغير للدردير ٤ : ٤٩ .

ولعلّ المقامات تختلف ، فيلزم التأمّل في كلّ مورد بخصوصه ، ومع التخاصم فالرجوع إلى الحاكم أحرى وأحكم ، والله أعلم .

ومن موارد الانفساخ : ما ذكر في (المجلّة) من الأمثلة [١] [وأحدها : ما] لو استأجر طبّاخاً للعرس ومات أحد الزوجين .

ويمكن المناقشة في المثال ، فإنّ موت أحد الزوجين لا يستلزم سقوط الطبخ ، فليكن الطبخ للعزاء لا للهناء .

نعم ، المثال الثاني صحيح ، وهو : من كان في سنّه ألم فاستأجر على إخراجه فزال الألم تنفسخ الإجارة ، وكذلك وفاة الصبي أو الظئر لا بوفاة المسترضع .

وهذا البحث واسع ، وستأتي له أمثلة وفروع كثيرة [٢] .

---

(١) راجع خصوص هذه الأمثلة في : تبيين الحقائق ٥ : ١٢٨ ، الفتاوىٰ الهندية ٤ : ٤٥٨ و٤٦٣ .

(٢) ستأتي في ص ٥٧ وما بعدها ، ص ٧٧ وما بعدها ، ص ١١٦ وما بعدها .

الفصل الثاني

في شروط انعقاد الإجارة ونفاذها

شروط انعقادها هي شروط الصحّة ، والإجارة ـ عندنا ـ إذا صحّت لزمت ، وليس فيها خيار ذاتي ، كخيار المجلس في البيع وخيار الحيوان وخيار التأخير [١] .

نعم ، تجري فيها الخيارات العامّة ، كخيار العيب والغبن ونحوها ، كما سيأتي [٢] .

أمّا شرائط الصحّة فتارةً بالنسبة إلى العقد ، وأُخرى إلى المتعاقدين ، وثالثة إلى الأُجرة والمنفعة .

أمّا العقد فقد سبق القول فيه في (الفصل الأوّل) [٣] ، وكان ينبغي أن تخصّ (المجلّة) هذا الفصل لشرائط المتعاقدين ، وتخصّ الأوّل بشرائط العقد ، ولكنّها أدخلت بعضاً في بعض ، وخلطت في الفصلين بين شرائط هذا وذاك ، ففاتها حسن التحرير ومتانة التأليف . ففي :

(مادّة : ٤٤٤) يشترط في انعقاد الإجارة أهلية العاقدين ، يعني :

---

(١) لاحظ : المسالك ٥ : ١٧٤ ، الرياض ١٠ : ٨ ، الجواهر ٢٧ : ٢٠٥ ، كتاب الإجارة للأصفهاني ٤٣ .

(٢) سيأتي في ص ١٠١ وما بعدها .

(٣) سبق في ص ٣٥ .

كونهما عاقلين مميّزين [١] .

ذكرت شرائط العاقدين من : العقل والتمييز وأهلية التصرّف بالملك أو الوكالة أو الولاية أو الوصية عن المالك .

ولكنّها أقحمت في خلال ذلك :

(**مادّة : ٤٤٥**) المشتملة على ما هو من شرائط العقد ، وهو : **اشتراط موافقة الإيجاب والقبول واتّحاد مجلس العقد** [٢] .

وكان حقّ هذا أن يذكر في الفصل الأوّل .

وكيف كان ، فلا ريب في فساد عقد المجنون حال جنونه عند الجميع .

وهو عند الإماميّة من الشرائط العامّة المعتبرة في صحّة كلّ عمل من عبادة أو معاملة ، وأوّلها : العقل ، وثانيها : البلوغ [٣] .

ولكن بعض فقهاء المذاهب يكتفون بالتمييز عن البلوغ ، فتصحّ عندهم معاملة الصبي المميّز [٤] .

أمّا الإماميّة فبين قائل : بالبطلان مطلقاً ، وهم الأكثر [٥] .

---

(١) راجع : الفتاوىٰ الهندية ٤ : ٤١٠ ، حاشية العدوي على كفاية الطالب الربّاني ٢ : ٢٤٦ .

(٢) ونصّها ـ كما في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٢٥٢ ـ هو :

(**يشترط موافقة الإيجاب والقبول واتّحاد مجلس العقد في الإجارة ، كما في البيع**) .

انظر : تكملة شرح فتح القدير ٨ : ٥ ـ ٦ ، تبيين الحقائق ٥ : ١٠٥ ، الفتاوىٰ الهندية ٤ : ٤٠٩ ، حاشية ردّ المحتار ٦ : ٥ .

(٣) قارن : التذكرة ٢ : ٧٣ ، العناوين ٢ : ٦٧٤ و ٦٨٤ .

(٤) راجع الأشباه والنظائر للسيوطي ٣٨٧ وما بعدها .

(٥) نُسب للمشهور في كفاية الأحكام ٨٩ ، وللأشهر في الدروس ٣ : ٩٢ ، وادّعي عليه ←

وبين قائل : بأنّها موقوفة على إجازة الولي ، فيشبه الفضولي من هذه الجهة وإن كان العاقد مالكاً [١] .

وهذا القول سديد ، ولعلّ القائل به كثير حتّى من فقهاء المذاهب كالأحناف وغيرهم [٢] .

وقيل : بنفوذه مطلقاً [٣] ، وفي خصوص الوصية ونحوها [٤] ممّا ورد النصّ به [٥] ، والقائل به منّا قليل [٦] .

← الإجماع في الغنية ٢ : ٢١٠ .

ولاحظ : المسالك ٣ : ١٥٥ و٥ : ١٧٨ ، المكاسب ٣ : ٢٨١ .

وبه قال الشافعي ، كما في المجموع ٩ : ١٥٨ .

(١) حُكي عن الفخر والمقدّس الأردبيلي والقاضي في مقابس الأنوار ١١٠ .

(٢) قال النووي : (مذهبنا أنّه لا يصحّ [أي : بيع الصبي المميّز] سواء أذن له الولي أم لا .
قال أبو ثور وأبو حنيفة وأحمد وإسحاق : يصحّ بيعه وشراؤه بإذن وليّه .
وعن أبي حنيفة رواية أنّه يجوز بغير إذنه ويقف علىٰ إجازة الولي .
قال ابن المنذر : وأجاز أحمد وإسحاق بيعه وشراءه في الشيء اليسير ، يعني : بلا إذن) .
(المجموع ١٥ : ١٥٨) .
وقارن الفتاوىٰ الهندية ٣ : ١٥٤ .

(٣) مجمع الفائدة والبرهان ٨ : ١٥١ و١٥٣ .

(٤) لاحظ التذكرة ٢ : ٧٣ ، حيث قال العلاّمة فيها : (. . . إلاّ ما يستثنىٰ كعباداته وإسلامه وإحرامه وتدبيره ووصيته وإيصاله الهدية وإذنه في دخول الدار علىٰ خلاف في ذلك) .

(٥) راجع : الكافي ٧ : ٢٨ ـ ٢٩ ، الفقيه ٤ : ١٩٦ و١٩٧ ، التهذيب ٩ : ١٨٢ ، الوسائل الوقوف والصدقات ١٥ : ١ ـ ٤ ، الوصايا ٤٤ : ٢ ـ ٧ ، مقدّمات الطلاق ٣٢ : ٢ و ٦ ـ ٧ ، العتق ٥٦ : ١ (١٩ : ٢١١ ـ ٢١٢ ، ٣٦١ ـ ٣٦٣ و٢٢ : ٧٧ ـ ٧٩ و٢٣ : ٩١) .

(٦) وقد تردّد المحقّق الحلّي في إجارة الصبي المميّز إذا كانت بإذن الولي ، وذلك في كتابه الشرائع ٢ : ٤١٤ .

←

أمّا توافق الإيجاب والقبول فهو شرط ضروري وركني ، فلو وقع القبول على غير ما وقع الإيجاب عليه لم يقع عقد أصلاً .

أمّا اتّحاد مجلس العقد فغير لازم ، لا هنا ولا في البيع ، إنّما اللازم فيهما ـ كما مرّت الإشارة إليه في البيع ـ الموالاة بين الإيجاب والقبول ، وتحصل بحفظ الهيئة الاتّصالية بينهما بحيث لا يعدّ القبول مبتوراً عن الإيجاب ككلام مستقلّ .

وقد أوضحناه في (الجزء الأوّل) مفصّلاً ، فراجع .

فإذا حصل التوالي بين الإيجاب والقبول صحّ العقد من هذه الجهة سواء اتّحد مجلس العقد أم تعدّد .

فلو أوجب المؤجّر في غرفة ثمّ قاما مصطحبين إلى غرفة قريبة وقبل المستأجر حصل التوالي وإن تعدّد مجلس العقد ، وهو واضح .

(مادّة : ٤٤٦) يلزم أن يكون الآجر متصرّفاً بما يؤجّره أو وكيل المتصرّف أو وليه أو وصيه [١] .

← واستشكل فيها العلاّمة الحلّي في : التحرير ١ : ٢٤٤ ، وقواعد الأحكام ٢ : ٢٨١ .

وفصّل المحدّث الكاشاني بين الأشياء اليسيرة فجوّز معاملته ، دون الخطيرة فلم يجوّز ، وذلك في مفاتيح الشرائع ٣ : ٤٦ .

وصحّح المعاملة السيّد الطباطبائي لو كان الصبي بمنزلة الآلة في الرياض ٨ : ٢١٧ .

وادّعىٰ الشيخ جعفر كاشف الغطاء ـ على ما حكي عنه في الجواهر ٢٢ : ٢٦٤ ـ إفادة معاملة الصبي الإباحة لو كان مأذوناً .

(١) انظر الفتاوىٰ الهندية ٤ : ٤١٠ و ٤١١ .

هذه المادّة لبيان أهم شرائط الإجارة كما كانت أهمّ شرائط البيع ، وهي : اعتبار ملكية المؤجّر أو وكالته أو ولايته عن المالك .

ولكن قولها : **بناءً عليه يلزم أن يكون الآجر [. . .]** إلى الآخر ـ لا يظهر وجهه ، فإنّ هذا شرط برأسه لا علاقة له بالمادّة السابقة عليه ، وهي موافقة الإيجاب والقبول ، وكان حقّ المعنى والتعبير أن تقول : يلزم أن يكون الآجر له حقّ التصرّف في المأجور بملك أو ولاية أو وكالة أو وصية .

وأنواع الولاية ستة :

١ ـ ولاية الأب والجدّ على الصغير .

٢ ـ ولاية القيّم المنصوب منهما .

٣ ـ ولاية الوصي على الثلث .

٤ ـ متولّي الوقف .

٥ ـ الحاكم الشرعي ومنصوبه على الصغير الذي لا ولي له من أب أو جدّ أو منصوبهما وعلى الغائب والمجنون والممتنع .

٦ ـ ولاية الإمام على الأراضي الخراجية والأنفال ونحوها .

أمّا الأمانات فإذاً لا ولاية ، فتدبّرها .

وهذه الولايات بعضها مع بعض قد تكون طولية وقد تكون عرضية ، فإذا اجتمع وليان أو أكثر ـ كأب وجدّ ـ نفذ تصرّف السابق منها وبطل اللاحق ، وإذا افترقا بطلا حيث لا يمكن الجمع .

ومن العي في البيان قولهم : يلزم أن يكون **الآجر متصرّفاً** ، أي : مالكاً للتصرّف ، فتدبّره .

(مادّة : ٤٤٧) انعقاد إيجار الفضولي موقوف على إجازة المتصرّف ، فإن كان المتصرّف صغيراً أو مجنوناً فالولي أو الوصي بشرط أن يكون قد أُوجر بأجر مثله .

لكن يشترط في صحّة الإجازة قيام وبقاء أربعة أشياء : العاقدين ، والمال المعقود عليه ، وبدل الإجارة إن كان من العروض ، وإذا عدم أحد هؤلاء فلا تصحّ الإجازة [١] .

يعني : أنّها موقوفة على إجازة المالك ، فلو كان المالك صغيراً أو مجنوناً فالولي أو الوصي إذا كانت الإجارة ببدل المثل .

والأولى أن يقال : إذا كانت الإجارة موافقة للغبطة والمصلحة ؛ إذ قد تكون الغبطة في ما دونه .

وعلى كلٍّ ، فيعتبر في صحّة الإجازة ونفوذها بقاء أمرين فقط : المنفعة ،

---

(١) وردت عبارة : (**تنعقد إجارة الفضولي موقوفة على إجازة المتصرّف ، وإن كان المتصرّف صغيراً أو مجنوناً وكانت الأُجرة أُجرة المثل تنعقد إجارة الفضولي موقوفة على إجازة وليه أو وصيه**) بدل : (**انعقاد إيجار الفضولي موقوف على إجازة المتصرّف ، فإن كان المتصرّف صغيراً أو مجنوناً فالولي أو الوصي بشرط أن يكون قد أُوجر بأجر مثله**) .
راجع : شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٢٥٣ ، درر الحكّام ١ : ٤٢٣ .
ولاحظ الفتاوىٰ الهندية ٤ : ٤١٠ ـ ٤١١ .

والأُجرة إن كانت عيناً خارجية لا ديناً في الذمّة .

أمّا العاقد الفضولي فلا أثر لبقائه وعدمه ؛ إذ هو آلة للتلقّط فقط .

وأمّا المعقود له الأصيل فالأصح أيضاً اعتبار بقائه على الأهلية من الحياة والعقل وغيرها وإن أمكن المناقشة في ذلك ، فليتدبّر .

الفصل الثالث

في شروط صحّة الإجارة

(مادّة : ٤٤٨) يشترط في صحّة الإجارة رضا العاقدين [١] .

حقّ هذا الشرط ولواحقه من القصد والاختيار ونظائرها أن يذكر في الفصل المتقدّم الذي ذكر فيه بعض شروط العاقدين من العقل والتمييز [٢] ، ولا يحسن هذا التبعثر والخلل في النظام .

وكان ينبغي قصر هذا الفصل على شرائط المنفعة والعوض ، كما هو أكثر موادّه ، بل كلّها عدا الأُولىٰ .

ثمّ إنّ جميع مواد هذا الفصل قد اشتملت على شرطين من شروط المنفعة والعوض ، وهما :

التعيين أولاً ، وتعيين كلّ شيء بحسبه ، والغرض المهمّ منه بيان كلّ ما يكون الإخلال به موجباً للغرر أو التشاجر بين المستأجر والمؤجّر .

والقدرة على تسليم المنفعة أو العين المؤجّرة ثانياً ، فلا تصحّ إجارة الدابّة الشاردة والعبد الآبق وأمثال ذلك .

---

(١) انظر الفتاوىٰ الهندية ٤ : ٤١٠ و ٤١١ .

(٢) وذلك في ص ٤٥ .

وجميع مواد هذا الفصل قوّية متينة ، ونحن نوردها عليك درجاً تباعاً ؛ لوضوحها وعدم حاجتها إلى تعليق أو تحرير :

(مادّة : ٤٤٩) يلزم تعيين المأجور .

بناءً عليه لا يصحّ إيجار أحد الحانوتين من دون تعيين [١] .

(مادّة : ٤٥٠) يشترط أن تكون الأُجرة معلومة [٢] .

(مادّة : ٤٥١) يشترط في الإجارة أن تكون المنفعة معلومة بوجه يكون مانعاً للمنازعة [٣] .

(مادّة : ٤٥٢) المنفعة تكون معلومة ببيان مدّة الإجارة في أمثال : الدار والحوانيت والظئر [٤] .

---

(١) وردت في آخر العبارة زيادة : (أو تخيير) في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٢٥٤ ، ووردت زيادة : (أو تمييز) في درر الحكّام ١ : ٤٢٥ .
لاحظ : الهداية للمرغيناني ٣ : ٢٣١ ، الفتاوىٰ الهندية ٤ : ٤١١ ، حاشية الدسوقي علىٰ الشرح الكبير ٤ : ٢٢ .

(٢) قارن : المهذّب للشيرازي ١ : ٣٩٩ ، المغني ٦ : ١١ ، الاختيار ٢ : ٥١ ، تبيين الحقائق ٥ : ١٠٥ و ١٠٦ ، الشرح الصغير للدردير ٤ : ٩ ، الفتاوىٰ الهندية ٤ : ٤١١ و ٤١٢ .

(٣) انظر : المهذّب للشيرازي ١ : ٣٩٦ ، الهداية للمرغيناني ٣ : ٢٣١ و٢٣٢ ، المغني ٦ : ١١ ، تبيين الحقائق ٥ : ١٠٦ ، الشرح الصغير للدردير ٤ : ٩ ، الفتاوىٰ الهندية ٤ : ٤١١ .
ونقل ابن رشد القرطبي في بداية المجتهد (٢ : ٢٢٥) : أنّ أهل الظاهر وطائفة من السلف قالوا بجواز إجارة المجهولات قياساً للإجارة علىٰ القراض والمساقاة .

(٤) ورد : (الحانوت) بدل : (الحوانيت) في : شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٢٥٥ ، درر الحكّام ١ : ٤٢٨ .

←

(مادّة : ٤٥٣) يلزم عند استئجار الدابّة تعيين المنفعة بكونها للركوب أو للحمل أو إركاب من شاء مِن التعميم مع بيان المسافة أو مدّة الإجارة [1].

← تتعيّن المنفعة ببيان المدّة إذا كانت المنفعة معروفة بذاتها ، كاستئجار الدور للسكنىٰ ، فإنّ المدّة إذا كانت معلومة كان قدر المنفعة معلوماً ، والتفاوت بكثرة السكّان يسير ، كما يرىٰ جمهور الحنفيّة .

ويرىٰ أبو يوسف ومحمّد بن الحسن : أنّ كلّ ما كان أجره يجب بالتسليم ولا يعلم وقت التسليم فهو باطل .

ويرىٰ أبو حنيفة : جوازه .

وهذا الشرط غير مطّرد ، فلابدّ منه في بعض الإجارات ، كإجارة العبد للخدمة والقدر للطبخ والثوب للبس ، وفي بعضها الآخر لا يشترط .

والحنابلة وضعوا ضابطاً معيّناً ، فهم : يشترطون أن تكون المدّة معلومة في إجارة العين لمدّة ، كالدار والأرض والآدمي للخدمة أو للرعي أو للنسج أو للخياطة ؛ لأنّ المدّة هي الضابط للمعقود عليه ويعرف بها .

وقيل فيها : إنّه يشترط أن يغلب علىٰ الظنّ بقاء العين فيها وإن طالت تلك المدّة .

وأمّا إجارة العين لعمل معلوم ، وذلك كإجارة دابّة موصوفة في الذمّة للركوب عليها إلىٰ موضع معيّن ، فإنّه لا اعتبار للمدّة فيها .

ويوافقهم الشافعيّة في ذلك عموماً .

ويقرب من هذا رأي المالكيّة ؛ إذ قالوا : تتحدّد أكثر المدّة في بعض الإجارات ، كإجارة الدابّة لسنة والعامل لخمسة عشر عاماً والدوابّ حسب حالتها والأرض لثلاثين عاماً . أمّا الأعمال في الأعيان ـ كالخياطة ونحوها ـ فلا يجوز تعيين الزمان فيها .

راجع : المهذّب للشيرازي ١ : ٣٩٦ و ٤٠٠ ، الهداية للمرغيناني ٣ : ٢٣١ ـ ٢٣٢ ، تبيين الحقائق ٥ : ١٠٦ ، كشّاف القناع ٤ : ٥ ، الشرح الصغير للدردير ٤ : ١٦٠ و ١٧٠ ، الفتاوىٰ الهندية ٤ : ٤١١ .

(١) في شرح المجلّة لسليم اللبناني (١ : ٢٥٥) وردت بدل عبارة : (**أو إركاب من شاء من** ←

(مادّة : ٤٥٤) يلزم في استئجار الأراضي بيان كونها لأيّ شيء استؤجرت مع تعيين المدّة .

فإن كانت للزرع يلزم بيان ما يزرع فيها ، أو تخيير المستأجر بأن يزرع ما شاء من التعميم [١] .

(مادّة : ٤٥٥) تكون المنفعة معلومة في استئجار أهل الصنعة ببيان العمل ، يعني : بتعيين ما يعمل الأجير ، أو تعيين كيفية عمله .

فإن أُريد صبغ الثياب يلزم إراءتها للصبّاغ ، أو بيان لونها ، أو إعلام رقّتها [٢] .

(مادّة : ٤٥٦) تكون المنفعة معلومة في نقل الأشياء بالإشارة وبتعيين المحلّ الذي ينقل إليه .

← التعميم) عبارة : (وتعيين من يركبها أو إطلاق الركوب لمن شاء علىٰ التعميم) .

ووردت المادّة في درر الحكّام (١ : ٤٢٩) بالصيغة التالية :

(يلزم عند استئجار الدابّة تعيين المنفعة إن كانت للركوب أو للحمل أو لإركاب من شاء علىٰ التعميم مع بيان المسافة أو مدّة الإجارة) .

لاحظ : تبيين الحقائق ٥ : ١٠٦ و١١٥ ، كشّاف القناع ٤ : ٧ و١٥ ، الفتاوىٰ الهندية ٤ : ٤١١ و٤٨٧ .

(١) ورد : (أن يذكر) بدل : (بيان كونها) ، و : (علىٰ) بدل : (من) في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٢٥٥ .

وورد : (يخيّر) بدل : (تخيير) و : (علىٰ) بدل : (من) في درر الحكّام ١ : ٤٣٠ .

قارن : المهذّب للشيرازي ١ : ٣٩٦ ، تبيين الحقائق ٥ : ١١٤ ، الفتاوىٰ الهندية ٤ : ٤١١ .

(٢) في شرح المجلّة لسليم اللبناني (١ : ٢٥٥) وردت زيادة : (وغلظها مثلاً) آخر المادّة .

راجع : تبيين الحقائق ٥ : ١٠٦ ، الفتاوىٰ الهندية ٤ : ٤١١ .

مثلاً : لو قيل للحمّال : انقل هذا الحمل إلى المحلّ الفلاني ، تكـون المنفعة معلومة ؛ لكون الحمل مشاهداً والمسافة معلومة [١] .

(مادّة : ٤٥٧) يشترط أن تكون المنفعة مقدورة الاستيفاء .

بناءً عليه لا يصحّ إجارة الدابّة الفارّة [٢] .

---

(١) راجع المصدرين السابقين .

(٢) وردت المادّة نصّاً في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٢٥٦ .

وورد : (ممكنة الحصول) بدل : (مقدورة الاستيفاء) ، و : (إيجار الدابّة الضارّة) بدل : (إيجاره الدابّة الفارّة) في درر الحكّام ١ : ٤٣٢ .

قارن : المهذّب للشيرازي ١ : ٣٩٥ ، حاشية القليوبي علىٰ شرح المنهاج ٣ : ٦٩ و ٨٤ ، الفتاوىٰ الهندية ٤ : ٤١١ و٤١٣ .

الفصل الرابع

في فساد الإجارة وبطلانها

الفساد عندهم غير البطلان ، كما سبق في البيع [1] . فيريدون من بطلانها : الخلل في أركانها ، ومن فسادها : عدم استجماع شرائطها .

ومن هذا يظهر التسامح في :

(مادّة : ٤٥٨) تبطل الإجارة إن لم يوجد أحد شروطها .

مثلاً : إيجار المجنون والصبي غير المميّز ـ كاستيجارهما ـ باطل ، لكن لا تنفسخ الإجارة بجنون الآجر بعد انعقادها [2] .

فإنّ فقد العقل والتمييز فقد ركن لا فقد شرط .

نعم ، لو وقعت الإجارة صحيحة ثمّ عرض لأحدهما الجنون أو فقد التمييز أو الموت لم تبطل ؛ لأنّ الأهلية شرط حدوثاً لا استدامة .

وعلى كلّ حالٍ ، فإنّ هذا الاصطلاح ـ أعني : الفساد والبطلان ـ عديم

---

(١) سبق في ج ١ ص ٣٠٧ .

(٢) وردت زيادة : (أو المستأجر) بعد : (الآجر) في درر الحكّام ١ : ٤٣٤ .

وورد : (إذا فقد) بدل : (إن لم يوجد) ، و : (فإيجار) بدل : (مثلاً : إيجار) في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٢٥٦ .

انظر الفتاوىٰ الهندية ٤ : ٤١٠ و ٤٣٩ .

الفائدة فاقد الأثر ؛ ضرورة أنّ الإجارة سواء كانت فاسدة أو باطلة إن علم المستأجر بها قبل الاستيفاء حرم عليه التصرّف ، ولو تصرّف ضمن أُجرة المثل ، ولو علم بعده لم يكن عليه إلاّ أُجرة المثل مطلقاً ، فأيّ فرق بين الفاسدة والباطلة في الأثر العملي ؟!

أمّا الأُجرة المسمّاة فلا تلزم أيضاً على كلا التقديرين ، وإنّما اللازم أُجرة المثل بعد الاستيفاء مطلقاً .

ولا فرق في ذلك بين مال الكبير والصغير ، والملك والوقف ، والعاقل والمجنون ، فالكلّ سواء أمام القاعدة والقانون والقضايا الكلّية .

وعليه ، فلا وجه لـ :

(مادّة : ٤٥٩) لا تلزم الأُجرة ـ أي : المسمّاة ـ في الإجارة الباطلة بالاستعمال ، ولكن يلزم المثل إن كان مال الوقف أو اليتيم ، والمجنون بحكم اليتيم [١] .

فإنّ أُجرة المثل لازمة في الباطلة والفاسدة ، وفي اليتيم وغيره .

وظهر أيضاً سقوط :

(مادّتي : ٤٦٠ و ٤٦١) الإجارة الفاسدة نافذة ، لكن الآجر يملك في

---

(١) وردت زيادة كلمة : (أجر) بعد : (يلزم) ، وورد : (المأجور مال وقف أو يتيم) بدل : (مال الوقف أو اليتيم) ، و : (في حكم) بدل : (بحكم) في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٢٥٧ .
وورد : (تلزم أُجرة المثل) بدل : (يلزم المثل) ، و : (في حكم) بدل : (بحكم) في درر الحكّام ١ : ٤٣٥ .
لاحظ حاشية ردّ المحتار ٦ : ٩ .

الإجارة أُجرة المثل ، ولا يملك الأجر المسمّى [١] .

فإنّ النفوذ لا معنى فيه ولا أثر له هنا ، والفاسدة والباطلة متساويتان في استحقاق بدل المثل .

(مادّة : ٤٦٢) فساد الإجارة ينشأ بعضه من كون البدل مجهولاً ، وبعضه عن فقد شرائط الصحّة الأُخر .

ففي الصورة الأُولىٰ يلزم أجر المثل بالغاً ما بلغ ، وفي الصورة الثانية يلزم أجر المثل بشرط أن لا يتجاوز الأجر المسمّى [٢] .

هذا التفصيل غير مطّرد ، ففي صورة جهل البدل لا ريب في لزوم أُجرة المثل ، أمّا في الثانية فإن كان فساد الإجارة من جهة عدم الرضا ـ كما لو كان مكرهاً أو غافلاً أو هازلاً ـ فاللازم بالاستعمال أُجرة المثل أيضاً .

---

(١) المذكور هو نصّ المادّة رقم (٤٦١) ، ولكن ورد : (فيها أُجرة المثل) بدل : (في الإجارة أُجرة المثل) في : شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٢٥٩ ، درر الحكّام ١ : ٤٣٨ .

أمّا نصّ (مادّة : ٤٦٠) ـ علىٰ ما في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٢٥٧ ـ فهو :

(تفسد الإجارة لو وجدت شروط انعقادها وفقد أحد شروط الصحّة) .

وكمصدر للمادّتين المذكورتين راجع الفتاوىٰ الهندية ٤ : ٤٣٩ .

(٢) في صدر هذه المادّة اختلافات عمّا هو موجود في بعض شروح (المجلّة) ، ففي شرح المجلّة لسليم اللبناني (١ : ٢٥٩) جاء صدرها هكذا :

(فساد الإجارة ينشأ بعضه عن جهالة البدل ، وبعضه عن فقدان شرائط الإجارة . . .) .

وفي درر الحكّام (١ : ٤٣٨) جاء صدرها هكذا :

(فساد الإجارة ينشأ بعضه عن كون البدل مجهولاً ، وبعضه عن فقدان باقي شرائط الصحّة . . .) .

انظر الفتاوىٰ الهندية ٤ : ٤٣٩ .

نعم ، لو كان الفساد من جهة عدم التعيين ـ كما لو قال له : آجرتك أحد الحانوتين أو إحدى الدابّتين بخمسة دراهم فإنّ اللازم هنا أقل الأمرين منها ومن بدل المثل .

فلو كان بدل المثل سبعة لزمت الخمسة فقط ؛ لأنّه قد رضي بها حسب الفرض ، ولو كان بدل المثل ثلاثة تعيّنت هي لا الخمسة ؛ لفساد عقد الإجارة بعدم التعيين .

وليس هذا من جهة الفرق بين الفساد والبطلان ، بل من جهة الرضا بالأقل مع بطلان العقد ، فتدبّره جيّداً وتأمّل .

الباب الثالث

في بيان المسائل التي تتعلّق بالأُجرة

ويحتوي على ثلاثة فصول



الفصل الأوّل

عرفت أنّ البيع والإجارة كليهما يقعان على العين ، ولكن البيع من حيث ذاتها ورقبتها ، والإجارة من حيث منافعها وغلّتها [1] ، وقوام المعاملات ـ بل العالم كلّه ـ بالحيثيات ، ولولا الحيثيات ـ كما قيل ـ بطلت الحكمة ، فالمعوّض في البيع هو العين لا غير ، وفي الإجارة المنفعة فقط ، أمّا العوض فكلّ مال سواء كان عيناً أو منفعة عروضاً أو نقوداً ، فكما يصحّ بيع الدار بمنفعة دار أُخرى ، كذلك يصحّ إجارة دار بمنفعة دار أُخرى .

والضابط العامّ في بدل الإجارة : أنّ يكون مالاً معلوماً مملوكاً طلقاً مقدوراً على تسليمه ، وهذا كما يصلح أن يكون ثمناً في البيع يصلح أن يكون عوضاً في الإجارة سواء بسواء .

ومن كلّ هذا يظهر الخلل في :

(مادّة : ٤٦٣) ما صلح أن يكون بدلاً في البيع يصلح أن يكون بدلاً في الإجارة ، ويجوز أن يكون بدلاً في الإجارة الشيء الذي لم يصلح أن يكون ثمناً .

مثلاً : يجوز أن يستأجر بستاناً في مقابلة دابّة أو سكنى دار [2] .

---

(١) تقدّم ذلك في ص ٨ .

(٢) وردت بعد كلمة : (ثمناً) زيادة : (في البيع أيضاً) ، وورد : (مثال ذلك) بدل : (مثلاً) ، ←

أي : أنّ عوض الإجارة يقع منفعة كسكنى الدار ، كما يقع عيناً مثل الدابّة ، وهذا متجه واضح .

ولكن الذي لا يتجه كون بعض ما يصلح بدلاً في الاجارة لا يصلح أن يكون ثمناً ، بل الحقّ ما عرفت من أنّ كلّ ما يصلح عوضاً في الإجارة يصلح ثمناً في البيع وبالعكس ، فتدبّره .

أمّا :

(**مادّة : ٤٦٤**) و (**مادّة : ٤٦٥**) [1] فالمقصود منهما أمر واحد وهو :

← و : (ركوب دابّة أو سكن دار) بدل : (دابّة أو سكنىٰ دار) في درر الحكّام ١ : ٤٤٢ .

ووردت المادّة في شرح المجلّة لسليم اللبناني بالصيغة التالية :

(ما صلح بدلاً في البيع يصلح بدلاً في الإجارة ، ويجوز أن يكون بدلاً في الإجارة ما لا يصلح أن يكون ثمناً في البيع .

فيجوز ـ مثلاً ـ أن يستأجر بستاناً بركوب دابّة أو سكنىٰ دار) .

لاحظ : المغني ٦ : ١٢ ، مغني المحتاج ٢ : ٣٣٤ ، تبيين الحقائق ٥ : ١٠٦ ، البناية في شرح الهداية ٩ : ٢٧٤ ، الشرح الصغير للدردير ٤ : ٨ ، الفتاوىٰ الهندية ٤ : ٤١٢ ، اللباب ٢ : ٨٨ .

(١) نصّ (مادّة : ٤٦٤) ـ علىٰ ما في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٢٦٠ ـ هو :

(بدل الإجارة يكون معلوماً بتعيين مقداره إن كان نقداً كثمن المبيع) .

ونصّ (مادّة : ٤٦٥) ـ علىٰ ما في المصدر السابق ١ : ٢٦٠ ـ ٢٦١ ـ هو :

(يلزم أن يعلم بدل الإجارة قدراً ووصفاً إن كان من العروض أو المكيلات أو الموزونات أو العدديات المتقاربة .

ويلزم تسليم ما يحتاج إلىٰ الحمل والمؤنة في المحلّ الذي شرط تسليمه فيه .

وإن لم يبيّن مكان التسليم فالمأجور إن كان عقاراً يسلّم في المحلّ الذي هو فيه ، وإن كان عملاً ففي محلّ عمل الأجير ، وإن كان حمولة ففي مكان لزوم الأُجرة ، وأمّا في الأشياء التي ليست محتاجة إلىٰ الحمل والمؤنة ففي المحلّ الذي يختار للتسليم) .

وكمصدر للمادّتين قارن : الاختيار ٢ : ٥١ ، الفتاوىٰ الهندية ٤ : ٤١١ و ٤١٢ .

اعتبار معلومية بدل الإجارة .

وقد عرفت سابقاً أنّ معلومية العوضين اللازمة في البيع تعتبر في خمس جهات : الوجود ، والحصول ، والمقدار ، والجنس ، والوصف .

فإن كان من المكيلات أو الموزونات عرف مقداره بكيله ووزنه ، وإن كان من المعدودات فبعدده ، وإلاّ فبمشاهدته ، وهكذا [1] .

وكلّ هذا يجري في بدل الإجارة ، وبدون معلوميته بذلك النحو تقع الإجارة باطلة .

وكان يلزم الاكتفاء عنهما بمادّة واحدة ، فإنّ الثانية تغني عن الأُولى ، فإنّها مستدركة . فيقال هكذا :

يلزم أن يكون بدل الإجارة معلوماً بتعيين مقداره ووصفه إن كان من العروض أو المكيلات أو الموزونات أو العدديات المتقاربة ، ويلزم تسليم ما يحتاج إلى الحمل والمؤنة في المحلّ الذي شرط تسليمه فيه ، وإن لم يبيّن مكان التسليم فالمأجور إن كان عقاراً يسلّم في المحلّ الذي هو فيه ، وإن كان عملاً ففي محلّ عمل الأجير . وإن كان حمولة ففي مكان لزوم الأُجرة ، وأمّا في الأشياء التي ليست محتاجة إلى الحمل والمؤنة ففي المحلّ الذي يختار للتسليم .

[و] هذه القضية أيضاً لا تختصّ بباب الإجارة ، ولعلّه سبق في مباحث

---

(١) تقدّم في ج ١ ص ٣٩١ ـ ٣٩٢ و ٤٣٤ .

البيع [١] الإشارة إلى أنّ ما يحتاج إلى حمل ومؤنة سواء كان ثمناً أو مثمناً ، وهنا أيضاً سواء كان مأجوراً أو أُجرة ، فإن أطلق فالمتّبع عرف البلد ، وإن لم يكن عرف فاللازم التعيين في العقد ، فإن لم يعيّنا كان باطلاً ؛ للجهالة .

وكلّ هذا إنّما يجيء في الأشياء المنقولة وما يحتاج نقله إلى مؤنة .

أمّا غير المنقول فلا يدخل في البحث أصلاً ، وكذلك المنقول الذي لا مؤنة في نقله كالنقود .

فقول (المجلّة) : **أمّا في الأشياء التي ليست محتاجة إلى الحمل والمؤنة ففي المحلّ الذي يختار للتسليم** ، غير سديد ، كما لا يخفى .

أمّا العمل فينصرف عند الإطلاق إلى محلّ العمل إن كان له محلّ كالدار والبستان ، وإلاّ فما يقع عليه الشرط .

---

(١) سبق في ج ١ ص ٤٦١ و ٤٦٣ .

الفصل الثاني

في بيان المسائل المتعلّقة بسبب لزوم الأُجرة وكيفية استحقاق الأجر والأُجرة

(مادّة : ٤٦٦) لا تلزم الأُجرة بالعقد المطلق ، يعني : لا يلزم تسليم بدل الإجارة بمجرّد انعقادها حالاً [١] .

عرفت مكرّراً أنّ كلاً من العوضين في البيع والإجارة يملكه الآخر بمجرّد العقد ، ويجب على كلٍّ منهما دفع ما في يده إلى الآخر ، فلو تشاحا أجبرهما الحاكم .

ويكفي في إجارة الأعيان تسليم العين لاستيفاء منفعتها ، وفي العمل التهيؤ أو تسليم العامل نفسه .

وبهذا يظهر أنّ الملكية لا تتوقّف على التسليم والقبض .

---

(١) وردت المادّة نصّاً في درر الحكّام ١ : ٤٤٧ .

ووردت بتقديم : (حالاً) علىٰ : (بمجرّد انعقادها) في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٢٦١ .

وهذا هو رأي الحنفيّة والمالكيّة دون الشافعيّة والحنابلة .

راجع : المبسوط للسرخسي ١٥ : ١٠٨ ، المغني ٦ : ١٤ ، المجموع ١٥ : ١٧ و ٣٣ ، تكملة شرح فتح القدير ٨ : ١٠ و ١٢ ، الشرح الصغير للدردير ٤ : ١٥ ـ ١٦ ، الفتاوىٰ الهندية ٤ : ٤١٣ و ٤١٩ ، حاشية الدسوقي علىٰ الشرح الكبير ٤ : ٤ .

نعم ، استقرارها يتوقّف عليه .

فمن المتجه ما في :

(مادّة : ٤٦٧) تلزم الأُجرة بالتعجيل [1] .

ولكن غير متجه قولها :

يعني : لو سلّم المستأجر الأُجرة نقداً ملكها الآجر .

فإنّ الملكية ـ كما عرفت ـ لا تتوقّف على التسليم ، بل يكفي العقد في تحقّقها .

نعم ، إنّما تلزم بالتسليم والتسلّم ، فتدبّر .

(مادّة : ٤٦٨) تلزم الأُجرة بشرط التعجيل .

يعني : لو شرط إعطاء بدل الإجارة نقداً يلزم المستأجر تسليمه إن كان عقد الإجارة وارداً على منافع الأعيان أو على العمل .

ففي الصورة الأُولى للآجر أن يمتنع عن تسليم المأجور .

ولكن : الخيار لمن له الشرط ، لا لمن هو عليه ، فجعل الخيار لهما في المادّة غير سديد .

وفي الصورة الثانية للأجير أن يمتنع عن العمل إلى أن يستوفي الأُجرة .

---

(١) لاحظ : المبسوط للسرخسي ١٥ : ١٠٨ ، تكملة شرح فتح القدير ٨ : ١٠ ، البناية في شرح الهداية ٩ : ٢٨٢ ، الفتاوىٰ الهندية ٤ : ٤١٣ و ٤١٩ ، اللباب ٢ : ٩٦ .

وعلى كلتا الصورتين لهما مطالبة الأُجرة نقداً ، فإن امتنع المستأجر عن الإيفاء فلهما فسخ الإجارة [١] .

هذا كلّه عملا بمقتضى الشرط . وإذا لم يف بشرطه كان للآخر خيار تخلّف الشرط إذا كان الشرط في متن العقد .

(مادّة : ٤٦٩) تلزم الأُجرة باستيفاء المنفعة .

مثلاً : لو استأجر أحد دابّة على أن يركبها إلى محلٍّ ، ثمّ ركبها ووصل إلى ذلك المحلّ ، يستحقّ آجرها الأُجرة [٢] .

يراد من هذه المادّة والتي بعدها ـ (**مادّة : ٤٧٠**) [٣] ـ بيان أمر واضح ، وهو : أنّ الأُجرة التي تملك بالعقد عندنا تصير لازمة بأمرين :

---

(١) وردت عبارة : (**كون الأجرة معجّلة يلزم المستأجر تسليمها**) بدل عبارة : (**إعطاء بدل الإجارة نقداً يلزم المستأجر تسليمه**) في درر الحكّام ١ : ٤٤٩ .
ووردت عبارة : (**أن تكون الأُجرة معجّلة لزم المستأجر تسليمها سواء كان عقد الإجارة وارداً على الأعيان أو على العمل**) بدل ما هو موجود في صدر المادّة في المتن ، وذلك في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٢٦١ ـ ٢٦٢ .
وانظر : المبسوط للسرخسي ١٥ : ١٠٨ ، المجموع ١٥ : ١٧ ، تكملة شرح فتح القدير ٨ : ١٠ ، البناية في شرح الهداية ٩ : ٢٨٢ ، الفتاوى الهندية ٤ : ٤١٣ و٤١٩ ، اللباب ٢ : ٩٦ .
(٢) لم ترد كلمة : (أحد) في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٢٦٢ .
قارن : المبسوط للسرخسي ١٥ : ١٠٨ ، تكملة شرح فتح القدير ٨ : ١٠ ، البناية في شرح الهداية ٩ : ٢٨٢ ، الفتاوى الهندية ٤ : ٤١٣ و ٤١٩ ، اللباب ٢ : ٩٦ .
(٣) نصّ هذه المادّة ـ على ما في درر الحكّام ١ : ٤٥٣ ـ هو :
(**تلزم الأُجرة أيضاً في الإجارة الصحيحة بالاقتدار على استيفاء المنفعة .**
مثلاً : لو استأجر أحد داراً استئجاراً صحيحاً فبعد قبضها يلزم إعطاء الأُجرة وإن لم يسكنها) .
لاحظ نفس المصادر المتقدّمة في الهامش السابق .

[**الأوّل**] : استيفاء المنفعة .

الثاني : القدرة على الاستيفاء .

فمن استأجر داراً سنة أو شهراً وصارت في يده إلى تمام السنة لزمته الأُجرة سواء سكنها أم لا ؛ لأنّ فوات المنفعة بيده بمنزلة الاستيفاء .

فكان يلزم جعلهما مادّة واحدة بأوجز ممّا ذكروه بكثير ، بل وتنضمّ إليهما :

(مادّة : ٤٧١) لا يكفي في الإجارة الفاسدة التمكّن على استيفاء المنفعة ، ولا تلزم الأُجرة إن لم يحصل الانتفاع حقيقة [١] .

وسرّ ذلك ظاهر ، فإنّ الفاسدة أو الباطلة ليس لها أيّ أثر عقدي .

غايته أنّه إن استوفى المنفعة لزمه أُجرة المثل ضماناً وغرامةً لا عقداً ومعاملةً ، فإذا لم يستوف المنفعة فأيّ حقٍّ عليه ؟

أمّا مع العقد وعدم الاستيفاء ـ كما في الصورة المتقدّمة ـ فالعقد ألزمه بالأُجرة ، وهو قد فوّت المنفعة على نفسه .

والحاصل : أنّ كلّ من استولى على مال غيره عيناً أو منفعة بغير عقد معه

---

(١) ورد : (من) بدل : (علىٰ) في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٢٦٤ .
ووردت المادّة في درر الحكّام (١ : ٤٥٦) بالصيغة التالية :
(لا يكون الاقتدار على استيفاء المنفعة كافياً في الإجارة الفاسدة ، ولا تلزم الأُجرة ما لم يحصل الانتفاع حقيقة) .
راجع : الفتاوىٰ الهندية ٤ : ٤١١ و٤١٣ و٤١٤ ، حاشية ردّ المحتار ٦ : ١١ .

ولا رضا منه فهو ضامن له بمثله أو قيمته سواء كان المال معدّاً للاستغلال أو لا ، وسواء صداق عليه عنوان الغصب أم لا ، طالبه المالك بالأُجرة أم لا .

ومن هنا يظهر الخلل في :

(مادّة : ٤٧٢) ومن استعمل مال غيره من دون عقد طالبه المالك بالأُجرة ، فإن كان معدّاً للاستغلال تلزمه أُجرة المثل ، وإلاّ فلا .

لكن لو استعمله بعد مطالبة صاحب المال الأُجرة وإن لم يكن معدّاً للاستغلال يلزمه إعطاء الأُجرة ؛ لأنّه ـ باستعماله في هذا الحال ـ يكون راضياً بإعطاء الأُجرة (١) .

فإنّ الأُجرة لازمة على كلّ حال ، ولا وجه للفرق بين ما هو معدّ للاستغلال وبين غيره ، ولا بين المطالبة بالأُجرة وبين عدمها ، فإنّ مال الغير لا يحلّ إلاّ بإحراز الرضا ، ومع عدم إحراز الرضا فهو ضامن مطلقاً ، والرضا اللازم هو رضا المالك لا رضا مستوفي المنفعة .

والظاهر أنّ حكم (المجلّة) بعدم الأُجرة في صورة عدم العقد مستند إلى القاعدة المعروفة : (الأجر والضمان لا يجتمعان) ـ (**مادّة : ٨٦**) ـ وهي من

---

(١) في درر الحكّام (١ : ٤٥٧) وردت المادّة بصيغة :

(من استعمل مال غيره بدون عقد ولا إذن فإن كان معدّاً للاستغلال لزمته أُجرة المثل ، وإلاّ فلا . لكن لو استعمله بعد مطالبة صاحب المال بالأُجرة لزمه إعطاء الأُجرة وإن لم يكن معدّاً للاستغلال ؛ لأنّه ـ باستعماله في هذا الحال ـ يكون راضياً بإعطاء الأُجرة) .

ووردت المادّة مع اختلاف يسير في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٢٦٤ .

قارن : الفتاوىٰ الهندية ٤ : ٤٣٧ ، حاشية ردّ المحتار ٦ : ٦٢ و ٨٤ .

القواعد المسلّمة عند الحنفيّة [١] ، وخالفهم فيها الإماميّة والشافعيّة [٢] ، وقد تقدّم فيها البحث مفصّلاً [٣] ، وسيأتي أيضاً في (**مادّة : ٥٩٦**) [٤] .

وهب أنّنا سلّمنا بالقاعدة تماشياً ، ولكن ما وجه الفرق بين المعدّ للاستغلال وغيره وبين المطالبة بالأُجرة وعدم المطالبة ، والكلّ سواء بحكم القاعدة ؟! فإمّا عدم الضمان مطلقاً على أُصول الحنفيّة ، وأمّا الضمان كذلك مطلقاً على أُصول الباقين ، فتدبّره جيّداً .

(**مادّة : ٤٧٣**) [٥] قد تقدّمت عيناً في (**مادّة : ٤٦٨**) [٦] ، كما أنّها تغني ولواحقها عمّا بعدها :

(مادّة : ٤٧٤) إذا شرط تأجيل البدل يلزم على الآجر أوّلاً تسليم المأجور وعلى الأجير إيفاء العمل ، والأُجرة لا تلزم إلاّ بعد انقضاء المدّة التي شرطت [٧] .

---

(١) لاحظ : الأصل للشيباني ٣ : ٣٩ ، المبسوط للسرخسي ١٠ : ٢٠٧ و١٥ : ١٤٧ ، ١٦٦ ، ١٦٨ و ١٦ : ١٥ ، ١٧ و٣٠ : ١٦٠ ، بدائع الصنائع ٨ : ١٩٢ ، مجامع الحقائق ٣٦٦ .

(٢) انظر : الأشباه والنظائر للسيوطي ٢٥٦ ـ ٢٥٧ ، المكاسب ٣ : ٢٠٢ .

(٣) تقدّم في ج ١ ص ١٩٩ .

(٤) سيأتي في ص ١٨٥ .

(٥) ونصّها ـ علىٰ ما في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٢٦٤ ـ هو :

(يعتبر ويراعىٰ كلّ ما اشترط العاقدان في تعجيل الأُجرة وتأجيلها) .

قارن : المبسوط للسرخسي ١٥ : ١٠٨ ، المجموع ١٥ : ١٧ ، تكملة شرح فتح القدير ٨ : ١٠ ، البناية في شرح الهداية ٩ : ٢٨٢ ، الفتاوىٰ الهندية ٤ : ٤١٣ و٤١٩ ، اللباب ٢ : ٩٦ .

(٦) وذلك في ص ٦٨ .

(٧) وردت المادّة نصّاً في درر الحكّام ١ : ٤٥٩ .

←

(مادّة : ٤٧٥) يلزم على الآجر أوّلاً تسليم المأجور ، وعلى الأجير إيفاء العمل في الإجارة المطلقة التي عقدت من دون شرط التعجيل والتأجيل على كلّ حال ، يعني : إن كان عقد الإجارة على منافع الأعيان أو على العمل (١) .

قد عرفت أنّ حال الإجارة في العوضين حال البيع ، فكما يجب التقابض بينهما في البيع وليس أحدهما بأولى من الآخر في السبق بعد فرض استحقاق كلّ منهما ما على الآخر وإن تشاحا أجبرهما الحاكم ، فكذلك في الإجارة ، فلزوم تسليم المأجور أوّلاً على المؤجّر وإيفاء العمل بعد على الأجير لا وجه له ، إلاّ مع الشرط ، كما في :

(مادّة : ٤٧٦) إن كانت الأُجرة مؤقّتة بوقت معيّن ـ كالشهرية والسنوية مثلاً ـ يلزم إيفاؤها عند انقضاء ذلك الوقت (٢) .

← وفي شرح المجلّة لسليم اللبناني (١ : ٢٦٥) وردت مع اختلاف عمّا هو في المتن ، وذلك بهذه الصورة :

(إذا شرط تأجيل البدل يلزم الآجر أن يسلّم المأجور أوّلاً ، كما يلزم الأجير إيفاء العمل . . .) .

راجع : المبسوط للسرخسي ١٥ : ١١١ ، الفتاوىٰ الهندية ٤ : ٤١٣ .

(١) لم ترد كلمة : (علىٰ) في درر الحكّام ١ : ٤٥٩ .

ووردت المادّة بالصيغة التالية في شرح المجلّة لسليم اللبناني (١ : ٢٦٥) :

(في الإجارة المطلقة التي عقدت من دون شرط التعجيل والتأجيل يلزم المؤجّر تسليم المأجور أوّلاً ، ويلزم الأجير إيفاء العمل سواء كان عقد الإجارة وارداً علىٰ منافع الأعيان أو علىٰ العمل) .

انظر : المبسوط للسرخسي ١٥ : ١١١ ، الهداية للمرغيناني ٣ : ٢٣٩ ، الفتاوىٰ الهندية ٤ : ٤١٦ .

(٢) وردت المادّة بزيادة عبارة : **(فلو كانت مشاهرة فتؤدّىٰ عند نهاية الشهر ، وإن كانت مسانهة** ←

فإنّ المتّبع في جميع هذه الفروع والفروض هو الشرط ، أمّا المطلقة فالحكم فيها التقابض والتعجيل من الطرفين كلّ بحسبه .

وكذا مبدأ الوقت في المؤقّتة يتبع الشرط ، فإن جعله من وقت التسليم لزم كذلك ، وإلاّ فمن وقت العقد .

فلو قال : استأجرت دارك سنة بدينار ادفعه بعد شهر ، فالإطلاق يقتضي شهراً بعد العقد ، لا بعد التسليم .

نعم ، لو لم يسلّم لم يستحق الأُجرة ، ولكن لو سلّم استحقّ الأُجرة بعد شهر من السنة التي هي من حين العقد ، لا من حين التسليم .

غايته أنّ المستأجر له الرجوع على المؤجّر بقيمة ما مضى من المدّة ، ويكون كالغاصب ، ولا يبعد ثبوت الخيار له .

ومن هنا يظهر الخلل في :

(مادّة : ٤٧٧) تسليم المأجور شرط في لزوم الأُجرة ، يعني : تلزم الأُجرة اعتباراً من وقت التسليم .

فعلى هذا ، ليس للآجر مطالبة أُجرة مدّة مضت قبل التسليم ، وإن انقضت مدّة الإجارة قبل التسليم لا يستحقّ الآجر شيئاً من الأُجرة [1] .

← ففي ختام السنة) في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٢٦٥ ـ ٢٦٦ .

لاحظ المبسوط للسرخسي ١٥ : ١١١ .

(١) لم ترد كلمة : (الأُجرة) بعد كلمة : (تلزم) في درر الحكّام ١ : ٤٦٢ .

وفي شرح المجلّة لسليم اللبناني (١ : ٢٦٦) ورد صدر المادّة بالصيغة الآتية :

←

يعني : أنّ الإجارة تبطل؛ لفوات محلّها ، ويحتمل الصحّة والرجوع عليه بالقيمة .

وخلاصة التحقيق هنا ـ وإن مرّت الإشارة إليه غير مرّة ـ : أنّ كلاً من البائع والمشتري والأجير والمستأجر عند تمامية العقد يستحقّ على الآخر ما وقع العقد عليه ويصير ملكاً له ، ولكن [يصير ملكاً] متزلزلاً ، فإذا وقع القبض والإقباض استقرّت الملكية ، ولازمها أنّ لكلٍّ منهما مطالبة الآخر بالمال المنتقل منه إليه سواء أقبض أحدهما الآخر وسلّمه أم لا ، فإنّ استحقاق المطالبة من لوازم ذات العقد ، لا من لوازم تسليم أحدهما وعدم تسليمه .

ومن هنا ظهر تسامح تعبير السيّد الأُستاذ قدس سره في عروته ؛ إذ يقول :

(ولكن لا يستحقّ المؤجّر مطالبته إلاّ بتسليم العين أو العمل ، كما لا يستحقّ المستأجر مطالبتهما إلاّ بتسليم الأُجرة ، كما هو مقتضى المعاوضة) (١) .

بل التعبير الصحيح : أنّ كلاً منهما يستحقّ مطالبة الآخر سواء سلّم هو أم لا ، وهو واضح .

(مادّة : ٤٧٨) لو فات الانتفاع بالمأجور بالكلّية سقطت الأُجرة .

مثلاً : لو احتاج الحمّام إلى التعمير وتعطّل في أثناء تعميره تسقط

← (تسليم المأجور شرط في لزوم الأجر ، فلا تلزم الأُجرة إلاّ من وقت التسليم . . .) .
راجع : المبسوط للسرخسي ١٥ : ١١٠ و ١١١ ، كشّاف القناع ٤ : ٢٥ ، حاشية القليوبي على شرح المنهاج ٣ : ٧٨ و ٧٩ ، الفتاوىٰ الهندية ٤ : ٤١٣ و ٤٣٧ و ٤٣٨ .

(١) العروة الوثقىٰ ٢ : ٣٨٣ ـ ٣٨٤ ، وورد فيها : (مطالبة الأُجرة) بدل : (مطالبته) .

حصّة تلك المدّة من الأُجرة ، وكذلك لو انقطع ماء الرحى وتعطّلت تسقط الأُجرة اعتباراً من وقت انقطاع الماء .

ولكن لو انتفع المستأجر بغير صورة الطحن من بيت الرحى يلزمه إعطاء ما أصاب حصّة ذلك الانتفاع من بدل الإجارة [١] .

هذا البحث الأثيل [٢] لم توفه (المجلّة) حقّه مع أنّه من أهمّ مباحث الإجارة وقعاً وأعمّها نفعاً وأوسعها فرعاً .

وتحريره بتنقيح واختصار : أنّ امتناع الانتفاع بالعين المستأجرة لا يخلو إمّا أن يكون لأمرٍ قهري (أرضي أو سمائي) ، أو لسبب اختياري بشري ، أو لحادث اتّفاقي اعتباري ، وعلى جميع التقادير فإمّا أن يحدث بعد العقد قبل القبض أو بعده ، قبل استيفاء شيء من المنفعة ، أو بعد استيفاء مقدار منها ، فيتخرّج من ذلك عدّة صور :

الأُولى : أن يحدث المانع بعد العقد قبل القبض .

---

(١) وردت المادّة نصّاً في درر الحكّام ١ : ٤٦٣ .

وفي شرح المجلّة لسليم اللبناني (١ : ٢٦٧ ـ ٢٦٨) ورد : (الترميم) بدل : (التعمير) ، و : (ترميمه) بدل : (تعميره) ، و : (يسقط الأجر) بدل : (تسقط الأُجرة) ، و : (من بيت الرحىٰ بغير الطحن فيلزمه) بدل : (بغير صورة الطحن من بيت الرحىٰ يلزمه) .

وهذا هو رأي الحنفيّة والشافعيّة والمالكيّة والحنابلة باستثناء أبي ثور من الشافعيّة .

لاحظ : المبسوط للسرخسي ١٥ : ١٣٦ ، ١٣٧ و ١٦ : ٥ ، بداية المجتهد ٢ : ٢٢٩ ، المغني ٦ : ٢٦ ، المجموع ١٥ : ٧٣ و ٧٤ ، مغني المحتاج ٢ : ٣٤٨ ، الفتاوىٰ الهندية ٤ : ٤٦٨ ، اللباب ٢ : ١٠٤ .

(٢) التأثيل : التأصيل . (الصحاح ٤ : ١٦٢٠) .

فإن كان يعدّ تلفاً فلا إشكال في البطلان ؛ إمّا لقاعدة : (كلّ مبيع تلف قبل قبضه . . .) إن قلنا : بأنّها على القاعدة ، فتجري في غير البيع ، وإلاّ فالخيار من جهة تعذّر التسليم ، كما سيأتي .

الثانية : أن يحدث بعد القبض قبل استيفاء شيء من المنفعة .

فإن كان تلفاً أو بحكمه ـ كموت العبد وتشرّد الدابّة وسقوط الآنية في البحر ـ كان له خيار تعذّر التسليم ، فإنّ المستأجر وإن قبض العين واستلام العين استلام لمنافعها فيكون التلف عليه ـ كما في البيع لو تلف المبيع في يد المشتري ـ ولكن حيث إنّ المنافع تدريجية الحصول ، فلا يكون استلام العين استلاماً لها إلاّ بعد مضي تمام المدّة ، فتكون ـ من هذه الجهة ـ بحكم غير المقبوض وإن كان قبضاً من حيث صيرورة الأُجرة به لازمة كلزوم العقد الذي هو من آثار قبض المنفعة التي وقعت الأُجرة عنها ، فإنّ اختلاف الحيثية ـ كما عرفت [(١)] ـ يصحّح اختلاف الحكم .

وحينئذٍ فإمّا الحكم بالانفساخ بقاعدة : (التلف قبل القبض . . .) ـ بناءً على عمومها لغير البيع ـ أو الخيار ؛ لتعذّر التسليم .

وإذا لم يكن تلفاً أو بحكمه ـ كمطر أوجب انهدام الدار كلاً أو بعضاً أو سيل أوجب غرق المزرعة فلا تصلح للزرع وما أشبه ذلك ـ كان للمستأجر خيار العيب .

ولو قلنا : بأنّه يلزم المالك بالمبادرة إلى إصلاحه ، فإن أمكن بحيث لا

(١) عرفت ذلك في ص ٦٣ .

يفوت من المنفعة زمن معتدّ به وجب ولا خيار ، وإلاّ كان له الخيار .

الثالثة : أن يحدث بعد استيفاء مقدار من المنفعة .

فإن كان المانع ممّا يعدّ تلفاً بالنسبة إلى الباقي جاءت قاعدة : (التلف قبل القبض . . .) ـ بناءً على عمومها ـ وجاء التقسيط ، ويكون الانفساخ حينئذٍ من حيث حدوث المانع .

واستقرب السيّد الأُستاذ ﷺ كون الانفساخ من حين العقد ، فيرجع المسمّى إلى المستأجر ، ويدفع أُجرة المثل للمؤجّر عن مقدار ما استوفاه من المنفعة [١] .

ويدفعه : أصالة اللزوم في العقد ووجوب الوفاء به حسب الإمكان .

وإن لم يكن تلفاً فالخيار ، إمّا للعيب أو لتعذّر التسليم .

الرابعة : أن يكون المانع من فعل بشر ، وهو إمّا المؤجّر نفسه أو المستأجر نفسه أو أجنبي .

فإن كان هو المؤجّر فالمستأجر بالخيار بين الفسخ واسترجاع المسمّى ، وبين الإمضاء ، ويأخذ منه بدل مثل المنافع التي استحقّها بعقد الإجارة .

وإن كان هو المستأجر لزم العقد وكان بمنزلة استيفاء المنافع وضمن للمؤجّر العين .

وإن كان هو الأجنبي تخيّر المستأجر بين الفسخ واسترجاع المسمّى لتعذّر

---

(١) العروة الوثقىٰ ٢ : ٣٨٦ .

التسليم ، أو إمضاء العقد والرجوع على الأجنبي ببدل المثل .

وعلى كلا التقديرين يضمن المتلف العين للمالك مسلوبة المنفعة .

ويدخل في هذا النوع : غصب الغاصب ، وتسلّط الظالم ، وانتزاع الجائر والغاشم ، وما إلى ذلك من أنواع الاستيلاء العدواني .

الخامسة : أن يكون المانع من الانتفاع حادث اتّفاقي اعتباري ، كما لو استأجر حانوتاً في سوق ثمّ سقط استعمال ذلك السوق وصار الرواج في سوق آخر ، أو هجرت القرية التي كان بها ذلك السوق ، أو صار إضراب ، ونحوه ممّا يوجب سدّ الحوانيت مدّةً شهراً أو أكثر ، وأمثال ذلك من الحوادث الاتّفاقية .

فالمسألة هنا مشكلة ولا تخلو عن غموض ؛ فإنّه وإن لم يكن تلفاً ولكن يشبه أن يكون بحكم التلف ، وإذا لم يكن عيباً فيشبه أن يكون بمنزلة العيب .

ومع ذلك كلّه فالظاهر أو الصريح من (المجلّة) لزوم الأُجرة [لاحظ] :

(مادّة : ٤٧٩) من استأجر حانوتاً وقبضه ثمّ عرض للمبيع أو الشراء كساد ليس له أن يمتنع عن إعطاء كراء تلك المدّة بقوله : إنّ الصنعة ما راجت والدكّان بقي مسدوداً (١) .

وعقدة الإشكال ما ذكرنا من أنّ قبض المنافع نظراً لكونها تدريجية لا

---

(١) ورد : (مقفلاً) بدل : (مسدوداً) في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٢٦٨ .

وورد : (موصداً) بدل : (مسدوداً) في درر الحكّام ١ : ٤٦٧ .

انظر : المغني ٦ : ١٦ ، تبيين الحقائق ٥ : ١١٤ ، الفتاوىٰ الهندية ٤ : ٤٧٠ .

يحصل بمجرّد قبض العين ، بل لا بدّ من انتهاء المدّة ، فلو تعطّلت المنافع في بعض المدّة كان بمنزلة التلف قبل القبض ينفسخ العقد بالنسبة إليه ، ويأتي التقسيط عند المشهور [١] ، والانفساخ القهري في الجميع عند السيّد في العروة [٢] .

ووجه الأوّل أنّ العقد ينحلّ إلى عقود ، ووجه الثاني بساطة العقد ، أو أنّ الانفساخ من حين المانع عندهم ومن حين العقد عنده .

وقد عرفت أنّ الأصح الأوّل [٣] ، وثمرة المسألة لا تزال في غلاف من الخفاء .

ومن كلّ ما ذكرنا ظهر لك أنّه لو احتاج الحانوت أو الدار أو الحمّام وما أشبهها إلى إصلاح في المدّة فهي على المؤجّر ، فإمّا تسقط من الأُجرة بحسابها ، أو يستوفي أياماً أُخرى بمقدارها .

ومن هذا الباب :

(مادّة : ٤٨٠) لو استأجر زورقاً على مدّة وانقضت في أثناء الطريق تمتدّ الإجارة إلى الوصول إلى الساحل ويعطي المستأجر أجر مثل المدّة الفاضلة [٤] .

---

(١) لاحظ : الرياض ١٠ : ٣٢ ، الجواهر ٢٧ : ٢٧٩ و ٣١٠ و ٣١١ .

(٢) العروة الوثقى ٢ : ٣٨٦ .

(٣) عرفت ذلك في ص ٧٨ .

(٤) وردت المادّة نصاً في درر الحكّام ١ : ٤٦٧ .

وورد : (الزائدة) بدل : (الفاضلة) في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٢٦٨ .

قارن حاشية ردّ المحتار ٦ : ٣١ .

والتعبير بامتداد الإجارة تسامح ، بل الإجارة تنتهي بانتهاء مدّتها ، ولكنّه مأذون بالإذن الشرعي لضرورة حفظ النفس أو المال إلى استعمال الزورق إلى أن ينتهي إلى الساحل بأُجرة المثل .

وتظهر الثمرة [في] أنّ للمالك المؤجّر أن يطالب بأُجرة المثل عن الأيام الزائدة على المدّة لو كانت زائدة على أُجرة المسمّى ، بخلاف ما لو قلنا بامتداد الإجارة ، فتدبّر .

أمّا :

(مادّة : ٤٨١) لو أعطى أحد داره لآخر على أن يرمّها ويسكنها بلا أُجرة ثمّ ربّعها وسكنها ذلك الآخر كان من قبيل العارية ، ومصارف التعمير عائدة إليه ، وليس لصاحب الدار أن يطالبه تلك المدّة بشيء من الأُجرة [١] .

فهي خارجة عن مباحث الإجارة ؛ فإنّها عارية مشروطة ، بل إباحة مقيّدة ، ولا يختصّ هذا بالدار ، بل قد يعيره الدابّة للركوب ويشترط عليه علفها .

بل يمكن أن يقال : إنّ نفقة المستعار مطلقاً على المستعير إلاّ إذا شرط أنّها على المالك .

---

(١) وردت عبارة : (**ونفقة الترميم علىٰ الذي أنفق ، وليس لصاحب الدار أن يأخذ أُجرة عن مدّة سكناه**) بدل عبارة : (**ومصارف التعمير عائدة إليه ، وليس لصاحب الدار أن يطالبه تلك المدّة بشيء من الأُجرة**) في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٢٦٩ .

وورد : (مصاريف) بدل : (مصارف) ، و : (علىٰ الذي أنفق) بدل : (إليه) ، ووردت عبارة : (يأخذ أُجرة عن مدّة سكناه) بدل عبارة : (يطالبه تلك المدّة بشيء من الأُجرة) ، كلّ ذلك ورد في درر الحكّام ١ : ٤٦٨ .

على أنّ لزوم مثل هذه الشروط الواقعة في العقود الجائزة كالعارية أو في ما يشبه الإيقاع كالإباحة محلّ نظر ، ولتحقيق ذلك مقام آخر .

الفصل الثالث

في ما يصحّ للأجير أن يحبس المستأجر فيه في استيفاء الأُجرة وما لا يصحّ

(مادّة : ٤٨٢) يصحّ للأجير الذي لعمله أثر كالخيّاط والصبّاغ والقصّار أنه يحبس المستأجر [فيه] لاستيفاء الأُجرة إن لم يشترط نسيئتها .

وبهذا الوجه لو حبس ذلك المال وتلف في يده لا يضمن ، و [لكن] بعد تلفه ليس له أن يستوفي الأُجرة (١) .

العين المأجورة لاستيفاء منفعتها أو للعمل فيها ـ كالدابّة للركوب أو الثوب للخيّاطة أو الطعام للحمل ـ كلّها أمانة في يد المستأجر والعامل ، لكن ليس على حدّ سائر الأمانات ، بل يده عليها يد أمانة معاوضة ، يعني : أنّها مقبوضة

---

(١) لم ترد كلمة : (يصحّ) و : (والقصار) ، وورد : (بهذه الصورة) بدل : (بهذا الوجه) ، و : (أُجرة) بدل : (أن يستوفي الأُجرة) في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٢٧٠ .

ووردت المادّة نصّاً في درر الحكّام ١ : ٤٧٠ .

وهذا خلافاً للمالكية حيث أثبتوا حقّ الحبس وإن لم يكن لعمله أثر في العين كالحمّال .

راجع : الهداية للمرغيناني ٣ : ٢٣٣ ـ ٢٣٤ ، تبيين الحقائق ٥ : ١١١ ، مواهب الجليل ٥ : ٤٣١ ، البحر الرائق ٧ : ٣٠١ ، كشّاف القناع ٤ : ٤١ ، الفتاوىٰ الهندية ٤ : ٤١٥ ، حاشية ردّ المحتار ٦ : ١٨ .

بالمعاملة والعوضية ، إمّا بالمثل أو القيمة أو المسمّى . ولذا جاز للبائع أن يحبس المبيع حتّى يقبض الثمن ويتقابضا ، ولو كان على حدّ سائر الأمانات لم يكن له ذلك سيّما مع مطالبة المالك .

وكذا في عقد الإجارة ، فإنّ للمؤجّر أن يحبس العين حتّى يقبض الأُجرة مع أنّه قد تعلّق به حقّ الغير وهو المنفعة ، ولكنّه مغاوضي لا يستحقّه إلاّ بالعوض ، ولصاحب الحقّ أن يحبسه حتّى يقبض العوض .

فالعامل في العين ـ سواء كان لعمله أثر كالخياطة في الثوب أو لا أثـر له كحمل الطعام ـ له أن يحبس الطعام أو الثوب حتّى يقبض حقّه .

و أثر ذلك أنّه لو حبس العين لاستيفاء حقّه وتلفت بغير تعدٍّ ولا تفريط لا ضمان عليه في الصورتين ، بل لا يبعد صحّة إلزامه بالأُجرة وإن تلفت العين لأنّها قد استقرّت عليه ، والتلف لا يصلح لأن يكون مسقطاً ، كما هو ظاهر .

و هو نظير : ما لو تلفت العين في يده بعد العمل وقبض الأُجرة بغير تفريط ، فكما أنّه ليس له أن يرجع بها ، كذلك يجب عليه هنا دفعها ، والتلف لا أثر له في المقامين .

ومن هنا ظهر الخلل في :

(مادّة : ٤٨٣) ليس للأجير الذي ليس لعمله أثر ـ كالحمّال والملاّح ـ أن يحبس المستأجر فيه .

وبهذا الحال لو حبس الأجير المال وتلف في يده يضمن ، وصاحب المال ـ في هذا ـ مخيّر إن شاء ضمنه محمولاً وأعطى أُجرته ، وإن شاء

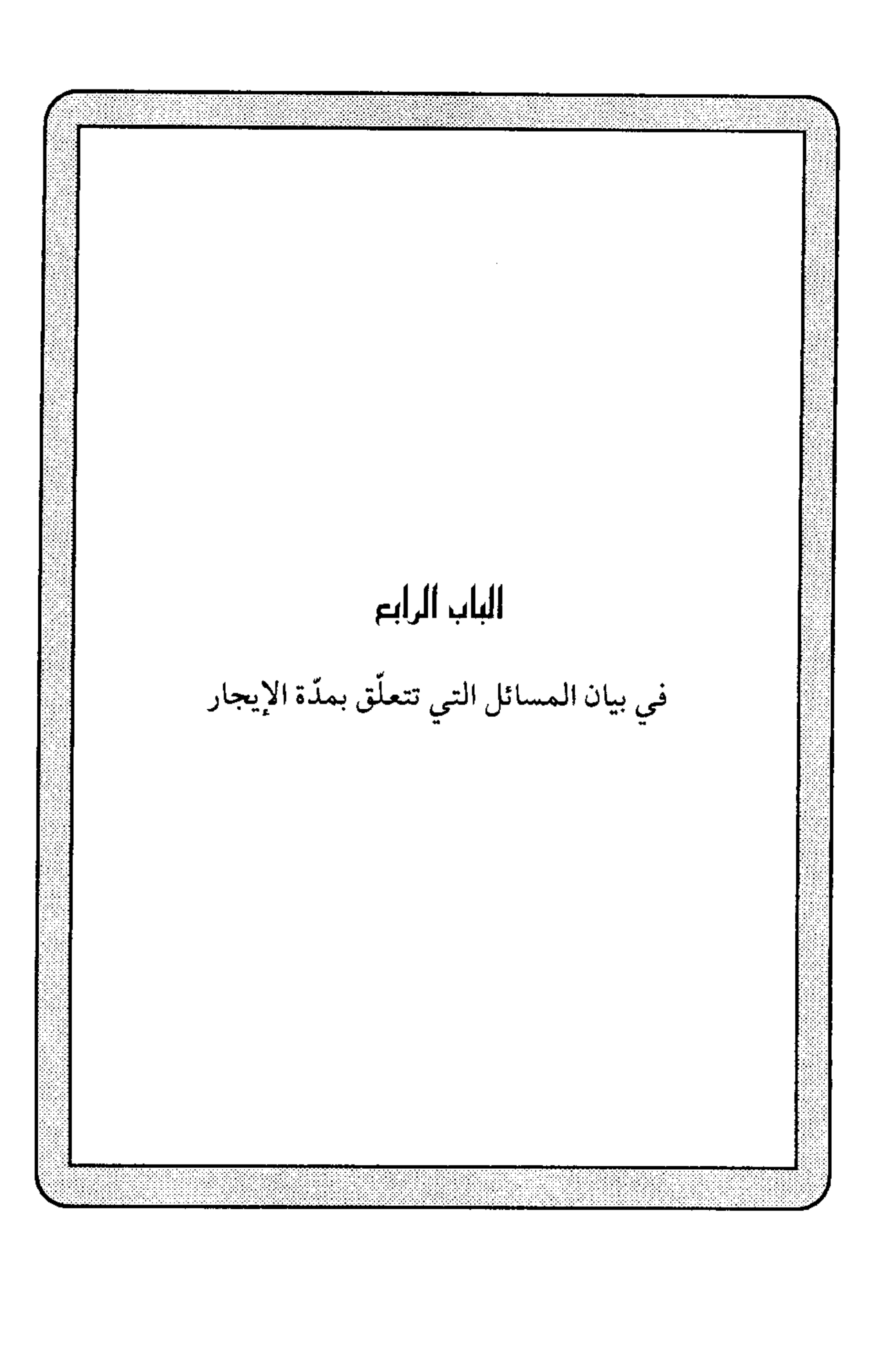
ضمنـ [ـه] غير محمول ولم يعط أُجرته (١).

(١) ورد : (**فلو حبسه وتلف المال**) بدل : (**وبهذا الحال لو حبس الأجير المال وتلف**) ، وورد : (إيّاه) قبل : (محمولاً) في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٢٧١ .

وورد التغيير الأخير فقط في درر الحكّام ١ : ٤٧١ .

ويأتي هنا كذلك خلاف المالكيّة المذكور في الهامش السابق .

قارن : تبيين الحقائق ٥ : ١١١ ، البحر الرائق ٧ : ٣٠١ ، الفتاوىٰ الهندية ٤ : ٤١٤ ، حاشية ردّ المحتار ٦ : ١٧ ـ ١٨ .



الباب الرابع

في بيان المسائل التي تتعلّق بمدّة الإيجار



[سرد مواد هذا الباب ومناقشتها]

(مادّة : ٤٨٤) للمالك أنّ يؤجّر ماله وملكه لغيره مدّة معلومة قصيرة كاليوم أو طويلة كالسنين [١] .

هذا ممّا لا إشكال فيه ؛ لأنّ الإنسان حرٌّ في ملكه يتصرّف كيف شاء ، و(الناس مسلّطون على أموالهم) .

فلو أراد الرجل المسنّ أن يؤجّر داره مائة سنة كان له ذلك سواء كانت الغبطة فيه أم لا . ولكن هذا في ما هو ملكه .

أمّا ما هو ملك غيره وله الولاية عليه ـ مثل : مال الوقف ومال اليتيم ومال الغائب الذي لا وكيل له وأمثال ذلك ـ فلا يبعد القول : بأنّ تصرّف الولي فيها

---

(١) بعد كلمة : (قصيرة) وردت عبارة : (كانت كيوم أو طويلة كسنين) في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٢٧١ .

ووردت عبارة : (كانت كاليوم أو طويلة كالسنة) بدل عبارة : (كاليوم أو طويلة كالسنين) في درر الحكّام ١ : ٤٧٣ .

راجع : الفتاوىٰ الهندية ٤ : ٤١٥ ، اللباب ٢ : ٨٨ .

وللشافعي قولان :

أحدهما : لا تجوز المدّة في الإجارة أكثر من سنة .

والآخر : تجوز إلىٰ أيّ وقت شاء ، وهو أصحّ القولين .

وله قول آخر : بأنّه يجوز إلىٰ ثلاثين سنة ، وقال : تجوز المساقاة سنتين .

انظر : المغني ٦ : ٧ ، المجموع ١٤ : ٤٠٥ ، ٤٠٦ و ١٥ : ١٨ ، مغني المحتاج ٢ : ٣٤٩ .

منوط بالمصلحة ، فربّما لا تكون المصلحة بإجارته أكثر من سنة أو سنتين .

والحاصل : أنّ الأولياء ليس حالهم في ما لهم الولاية عليه كحالهم في أموالهم الخاصّة بهم ، وهو واضح .

(مادّة : ٤٨٥) ابتداء مدّة الإجارة تعتبر من الوقت الذي سمّي ، أي : عيّن وذكر عند العقد [١] .

عرفت أنّه لا بدّ من تعيين المدّة في إجارة المنافع [٢] بل وإجارة الأعمال ، فإن عيّن ابتداءها بعد شهر أو يوم أو غير ذلك في متن العقد تعيّن ، وإن أطلق كان الابتداء من بعد العقد بلا فصل ، كما في :

(مادّة : ٤٨٦) إذا لم يذكر ابتداء المدّة حين العقد تعتبر من وقت العقد [٣] .

---

(١) قال المالكيّة : يجوز عدم بيان ابتداء المدّة للسكن شهراً أو سنة مثلاً ، ويحمل من حين العقد وجيبة ـ أي : مدّة محدّدة لا تتجدّد بنفس العقد ـ أو مشاهرة ، فإن وقع العقد في أثناء الشهر فثلاثون يوماً من يوم العقد .

أمّا الشافعيّة فقالوا : لا تجوز إجارة الدور إلاّ لمدّة معلومة الابتداء والانتهاء ، فإن قال : آجرتك هذه الدار شهراً ، ولم يحدّد ، فلا يصحّ ؛ لأنّه ترك تعيين المعقود عليه ـ وهو الشهر ـ في عقد شرط فيه التعيين ، كما لو قال : بعتك داراً .

راجع : المهذّب للشيرازي ١ : ٣٩٦ و ٤٠٠ ، بداية المجتهد ٢ : ٢٢٦ ، المجموع ١٥ : ١٢ ، الفتاوىٰ الهندية ٤ : ٤١٥ ، حاشية الدسوقي علىٰ الشرح الكبير ٤ : ٤٤ .

(٢) وذلك في ص ٧٤ وما بعدها .

(٣) وردت المادّة نصّاً في درر الحكّام ١ : ٤٧٥ .

وورد : (فتبتدئ) بدل : (تعتبر) في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٢٧٢ .

وراجع المصادر المتقدّمة في هامش (مادّة : ٤٨٥) .

فهاتان المادّتان عبارة عن مادّة واحدة تؤدّى بأخصر عبارة وأقل ألفاظ من أحديهما .

و(**مادّة : ٤٨٧) كما يجوز إيجار عقار على أن يكون لسنة في كلّ شهر أُجرته كذا دراهم ، كذلك يصحّ إيجاره لسنة بكذا دراهم بدون بيان شهريته أيضاً** [١] .

فهي واضحة لا تحتاج إلى بيان .

والضابطة : أنّه كلّما كانت الأُجرة والمنفعة والمدّة معلومة صحّت الإجارة .

ويتفرّع على لزوم تعيين المدّة : أنّه لو آجره كلّ شهر بكذا أو كلّ سنة بكذا ولم يعيّن مقدار الأشهر أو السنين لم تصح الإجارة ؛ لجهالة المدّة .

ومن هذا يظهر فساد ما في :

(**مادّة : ٤٩٤) لو استأجر عقاراً شهريته بكذا دراهم من دون بيان عدد الأشهر يصحّ العقد** [٢] .

---

(١) وردت المادّة نصّاً في درر الحكّام ١ : ٤٧٦ .

ووردت في شرح المجلّة لسليم اللبناني (١ : ٢٧٢) بالصيغة التالية :

(كما يجوز إيجار عقار على أن تكون أُجرته في كلّ شهر كذا ، يصحّ أيضاً إيجاره لسنة بكذا من دون بيان أُجرة كلّ شهر) .

لاحظ : الهداية للمرغيناني ٣ : ٢٣٩ ، تكملة شرح فتح القدير ٨ : ٣٧ ، الفتاوىٰ الهندية ٤ : ٤١٦ ، حاشية الدسوقي علىٰ الشرح الكبير ٤ : ٤٥ ، اللباب ٢ : ٩٩ .

(٢) في : شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٢٧٤ ، درر الحكّام ١ : ٤٧٩ ، ووردت زيادة :

←

بل الأصحّ أنّه يبطل عند أكثر فقهاء الإماميّة [١] .

ثمّ إنّ إطلاق السنة عند المسلمين ينصرف إلى الهلالية الهجرية ، إلاّ أن يكون المتعارف في بلد غير هذا ، فيحمل الإطلاق عليه .

كما أنّ منصرف الشهر هو الهلالي ، وعليه :

(مادّة : ٤٨٨) إذا عقدت الإجارة في أوّل الشهر على شهر واحد أو أزيد من شهر انعقدت مشاهرة .

وبهذه الصورة يلزم دفع أُجرة شهر كامل و إن كان الشهر ناقصاً عن ثلاثين يوماً [٢] .

← (لكن عند ختام الشهر الأوّل لكلّ من الآجر والمستأجر فسخ الإجارة في اليوم الأوّل وليلته من الشهر الثاني الذي يليه ، وأمّا بعد مضي اليوم الأوّل وليلته فليس لهما ذلك .

وإن قال أحد العاقدين في أثناء الشهر : فسخت الإجارة ، تنفسخ في نهاية الشهر ، وإن قال في أثناء الشهر : فسخت الإجارة اعتباراً من ابتداء الشهر الآتي ، تنفسخ عند حلوله .

وإن كانت قد قبضت أُجرة شهرين أو أكثر فليس لأحدهما فسخ إجارة الشهر المقبوض أُجرته) .

قارن : المبسوط للسرخسي ١٥ : ١٣١ ، تبيين الحقائق ٥ : ١٢٢ ، شرح العناية للبابرتي ٨ : ٣٦ ، الفتاوىٰ الهندية ٤ : ٤١٦ ، اللباب ٢ : ٩٨ .

وهذا هو قول بعض أصحاب الشافعي ، وفي أصحابه من قال بالبطلان .

انظر : فتح العزيز ١٢ : ٣٤٣ ، المجموع ١٥ : ١٢ و ١٩ .

وفي فتح العزيز (١٢ : ٣٤٣) نُقل عن ابن سريج أنّه يصحّ في شهر واحد دون ما زاد .

(١) نُسب للمشهور بين المتأخّرين في الجواهر ٢٧ : ٢٣٥ .

وصحّح العقد : المفيد في المقنعة ٦٤٢ ، والطوسي في الخلاف ٣ : ٤٩٠ ، والحلّي في الشرائع ٢ : ٤١٥ .

(٢) وردت المادّة نصّاً في درر الحكّام ١ : ٤٧٦ . ←

والضابطة : أنّ الشهر عند الإطلاق هو الهلالي ، فإن لم يمكن حمله عليه فهو العددي ، كما في :

(مادّة : ٤٨٩) لو اشترط على أن تكون الإجارة لشهر واحد فقط وكان قد مضى من الشهر جزء يعتبر الشهر ثلاثين [١] .

يعني : في الإجارة المنجّزة ، لا المضافة التي تدور مدار التعيين عددياً أو هلالياً ، كما هو واضح .

وعليه أيضاً تبنى :

(مادّة : ٤٩٠) لو اشترط أن تكون الإجارة لكذا شهور وكان قد مضى من الشهر بعضه يتم الشهر الأوّل الناقص على أن يكون ثلاثين يوماً من الشهر الأخير وتوفّى أُجرة باقي الأيام بحساب اليومية ، وتعتبر الشهور التي بينها بالأهلّة [٢] .

← وورد : (أكثر) بدل : (أزيد) في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٢٧٢ .

لاحظ : المهذّب للشيرازي ١ : ٣٩٦ ، المبسوط للسرخسي ١٥ : ١٣١ ، المغني ٦ : ٥ ، تبيين الحقائق ٥ : ١٢٣ ، الفتاوىٰ الهندية ٤ : ٤١٦ ، اللباب ٢ : ٩٩ .

(١) لم ترد كلمة : (علىٰ) ، وورد : (بعض الشهر) بدل : (من الشهر جزء) ، ووردت كلمة : (يوماً) آخر المادّة في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٢٧٢ .

وفي درر الحكّام (١ : ٤٧٧) وردت الملاحظتان الأُولىٰ والأخيرة ممّا ذكر أعلاه .

راجع : المهذّب للشيرازي ١ : ٣٩٦ ، المبسوط للسرخسي ١٥ : ١٣٢ و١٣٣ ، المغني ٦ : ٥ ، تبيين الحقائق ٥ : ١٢٣ ، الفتاوىٰ الهندية ٤ : ٤١٥ .

(٢) ورد : (الأشهر بحساب الأهلّة) بدل عبارة : (الأيام بحساب اليومية . . .) في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٢٧٣ .

←

مثلاً : لو قال في نصف رجب : آجرتك الدار ثلاثة أشهر ، احتسب شعبان ورمضان هلاليين ناقصين كانا أو كاملين ، وأكمل رجب من شوال ما يتمّ به ثلاثين على أنّه شهر عددي ، ولا حاجة إلى حساب اليومية ؛ لأنّ الغرض أنّ الأُجرة على الشهور لاعلى الأيام .

ويمكن أن يقال : إنّه يكمل الشهر على واقعه ، فإن كان ناقصاً أكمل تسعة وعشرين ، وإن كان تامّاً أكمل ثلاثين .

وله وجه ، والأوّل أوجه .

(مادّة : ٤٩١) كما يعتبر الشهر الأوّل الناقص ثلاثين إذا اشترط كذا دراهم من دون بيان عدد الأشهر عند مضي بعض الشهر ، كذلك تعتبر سائر الشهور التي ستأتي ثلاثين يوماً على هذا الوجه (١) .

في هذه المادّة من التعقيد والتطويل ما أضاع المقصود .

← وفي درر الحكّام (١ : ٤٧٧) وردت المادّة بالصيغة الآتية :

(إذا اشترط أن تكون الإجارة لكذا شهور وكان قد مضى من الشهر بعضه يتمّم الشهر الأوّل الناقص من الشهر الأخير علىٰ أن يكون ثلاثين يوماً ، وتوفّىٰ أُجرته بحساب اليومية ، أمّا الشهور الباقية فتعتبر وتحسب بالغرّة) .

لاحظ : المغني ٦ : ٥ ، الفتاوىٰ الهندية ٤ : ٤١٥ ـ ٤١٦ .

(١) وردت المادّة في : (شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٢٧٣ ، درر الحكّام ١ : ٤٧٨) بالصيغة التالية :

(إذا عقدت الإجارة مشاهرة بدون بيان عدد الأشهر وكان قد مضىٰ بعض الشهر ، فكما أنّه يعتبر الشهر الأوّل ثلاثين يوماً ، كذلك بقية الشهور التي بعده تعتبر علىٰ هذا الوجه كلٌّ منها ثلاثون يوماً) .

قارن المصدرين المتقدّمين في الهامش السابق .

وحاصله : أنّه إذا آجر شهرياً من دون تعيين عدد الأشهر وكان في أثناء الشهر ، فالأشهر كلّها تحسب عددية ثلاثين ثلاثين .

ولكن هذه الإجارة ـ عندنا ـ فاسدة ، ولا بدّ من تعيين عدد الأشهر [١] .

والحكم بصحّتها في الشهر الأوّل وفسادها في الباقي ، كما سيأتي [٢] ـ وينسب إلى بعض فقهاء المذاهب [٣] ـ تحكّم صرف لا دليل عليه .

(مادّة : ٤٩٢) لو عقد الإجارة في أوّل الشهر لسنة تعتبر اثني عشر شهراً [٤] .

عرفت أنّ الشهر ـ عند المسلمين ـ بإطلاقه يحمل على الأشهر الهلالية ، كما أنّ السنة [تكون] اثني عشر [شهراً] هلالياً ، كما تدلّ عليه الآية الكريمة : ﴿ **إنّ عِدّةَ الشهُورِ عِندَ الله اثْنَا عَشَرَ شَهراً** ﴾ [٥] ، و: ﴿ **يَسألونَكَ عَنِ الأهلّةِ قُلْ هِي مَواقِيتُ للناسِ** ﴾ [٦] .

نعم ، لو كان المتعارف في بلدهم السنة الشمسية فلا شكّ أنّ الإطلاق يحمل عليها ؛ لأنّ العرف الخاصّ يقدّم على العرف العامّ وعلى العرف الشرعي في هذه الموضوعات .

---

(١) انظر : الرياض ١٠ : ٢٨ ، الجواهر ٢٧ : ٢٣٥ .

(٢) سيأتي في ص ٩٧ .

(٣) راجع : الهداية للمرغيناني ٣ : ٢٣٩ ، الاختيار ٢ : ٨ ، كشّاف القناع ٣ : ٥٥٧ .

(٤) انظر : المغني ٦ : ٥ ، الفتاوىٰ الهندية ٤ : ٤١٦ .

(٥) سورة التوبة ٩ : ٣٦ .

(٦) سورة البقرة ٢ : ١٨٩ .

وعلىٰ ما ذكرنا تبتني :

(مادّة : ٤٩٣) لو عقدت الإجارة لسنة وكان قد مضى من الشهر بعضه يعتبر منها شهر أياماً وباقي الشهور الإحدىٰ عشر بالهلال [١] .

وهو مسلّم لا كلام فيه ، إنّما الكلام في أنّ الشهر العددي هل يحسب ثلاثين أو يحسب على ما اتّفق من حال شهر الأوّل من ثلاثين أو تسعة وعشرين ، وكما سبق قريباً .

(مادّة : ٤٩٤) لو استأجر عقاراً شهريته بكذا دراهم من دون بيان عدد الأشهر يصحّ العقد ، لكن عند ختام الشهر الأوّل يصحّ لكلٍّ من الآجر والمستأجر فسخ الإجارة في اليوم الأوّل وليلته من الشهر الثاني الذي يليه [٢] .

---

(١) ورد : (شهر واحد بالأيام) بدل : (شهر أياماً) في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٢٧٣ .
وورد : (البعض) بدل : (بعضه) في درر الحكّام ١ : ٤٧٨ .
قارن : المغني ٦ : ٥ ، الفتاوىٰ الهندية ٤ : ٤١٦ .

(٢) ورد : (استؤجر عقار) بدل : (استأجر عقاراً) ، و : (كلّ شهر بكذا) بدل : (شهريته بكذا دراهم) في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٢٧٤ .
وورد : (استؤجر عقار) بدل : (استأجر عقاراً) و : (كذا) بدل : (بكذا) ، ولم ترد كلمة : (يصحّ) في درر الحكّام ١ : ٤٧٩ .
كما أنّه وردت زيادة في المادّة عمّا هو في المتن ، وذلك في المصدرين السابقين صيغتها :
(وأمّا بعد مضي اليوم الأوّل وليلته فليس لهما ذلك .
وإن قال أحد العاقدين في أثناء الشهر : فسخت الإجارة ، تنفسخ في نهاية الشهر .
وإن قال في أثناء الشهر : فسخت الإجارة اعتباراً من ابتداء الشهر الآتي ، تنفسخ عند حلوله .
وإن كانت قد قبضت أُجرة شهرين أو أكثر فليس لأحدهما فسخ إجارة الشهر المقبوض
←

وقد عرفتِ أنّ هذا تحكّم صرف لا دليل عليه [١] ، فإمّا [أن] يبطل في الجميع أو يصحّ في الجميع .

ولا فرق بين قبض الأُجرة وعدمه ، فإنّه إذا لم يعيّن عدد الأشهر أو السنين أو الأيام تقع الإجارة باطلة مطلقاً .

وكلّ ما ذكر في هذه المادّة من الذيول والفروع والتقاسيم عارية عن الدليل سيّما قوله :

وإن كان قد قبضت أُجرة شهرين أو أزيد فليس لأحدهما فسخ إجارة الشهر المقبوض أُجرته .

فإنّ قبض الأُجرة لا يرفع ما وقع العقد عليه من الإجمال .

وهذا أيضاً من أحكامهم الكيفية التي يرجعون فيها إلى الاستحسان مع عدم مساعدة الأدلّة الشرعية .

(مادّة : ٤٩٥) لو استأجر أحد أجيراً على أن يعمل يوماً ، [فإنّه] يعمل من طلوع الشمس إلى العصر أو إلى الغروب على وفق عرف البلدة في خصوص العمل [٢] .

← أُجرته) .

مع العلم بأنّ المؤلّف ﷺ قد ذكر بعض هذه الفروع في ما يأتي .

لاحظ الفتاوىٰ الهندية ٤ : ٤١٦ .

١) وذلك في ص ٩٥ .

٢) وردت المادّة نصّاً في درر الحكّام ١ : ٤٨٢ .

←

هذا مع الإطلاق ، أمّا مع التعيين فهو المتّبع .

(مادّة : ٤٩٦) لو استؤجر نجّار على أن يعمل عشرة أيام تعتبر الأيام التي تلي العقد ، وإن كان قد استؤجر في الصيف على أن يعمل عشرة أيام لم تصح الإجارة ما لم يعيّن العمل اعتباراً من أيّ شهر وأيّ يوم [1] .

لا فرق بين الصيف وغيره في أنّ الإطلاق يقتضي الانصراف إلى الأيام التي تلي العقد ، إلاّ أن تكون هناك قرينة خاصّة من حال أو مقال تمنع هذا الانصراف أو عرف خاصٌّ في البلد يقتضي خلافه .

أمّا كون الوقت صيفاً أو شتاءً فلا أثر له في لزوم التعيين ولا في عدمه ، فتدبّره .

← وورد : (شأن) بدل : (خصوص) في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٢٧٤ ـ ٢٧٥ .
راجع الفتاوىٰ الهندية ٤ : ٤١٦ .

(١) وردت المادّة بتأخير : (في الصيف) علىٰ عبارة : (على أن يعمل . . .) ، وورد : (أنّه يعمل) بدل : (العمل) ، و : (فلا) بدل : (لم) في درر الحكّام ١ : ٤٨٣ .
ووردت كذلك نفس هذه التغييرات وبزيادة تغيير : (يوم بداية العمل والشهر) بدل : (العمل اعتباراً من . . .) في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٢٧٥ .
انظر الفتاوىٰ الهندية ٤ : ٤١٦ .

الباب الخامس

في الخيارات

ويشتمل على ثلاثة فصول



[تمهيد مفيد]

لعلّك علمت من مباحث الخيار في البيع أنّ الخيار تارةً يثبت من دليل خاصٍّ وأُخرى يقتنص من الأدلّة العامّة كقاعدة الضرر وعمومات الشروط ونحوها [1] ، فما قام الدليل على ثبوته في البيع اقتصر عليه ولم يتعد إلى غيره من المعاملات ؛ لما عرفت من أنّ الخيار على خلاف الأصل [2] ، وما استفيد من العمومات اطّرد في كلّ معاملة انطبق عليها ذلك الدليل .

وحيث إنّ مثل : خيار المجلس والحيوان والتأخير كانت أدلّتها واردة في البيع ، فهي مقصورة عليه ، ولا تجري في إجارة ولا غيرها ، وأمّا بقية الخيارات المستفادة من الأدلّة العامّة ـ وإن أيّدتها الأدلّة الخاصّة ـ فهي تجري في الإجارة كما تجري في البيع ، وإليك بيانها وعنوانها :

١ ـ خيار الشرط .

ومنه شرط الخيار عند ردّ العوض ، أي : الأُجرة .

٢ ـ خيار العيب .

٣ ـ خيار الغبن .

---

(١) تقدّم ذلك في ج ١ ص ٥٤٤ و ٦٠٠ .

(٢) تقدّم ذلك في ج ١ ص ٤٧٥ .

٤ ـ خيار الاشتراط .

٥ ـ خيار تبّعض الصفقة .

٦ ـ تعذّر التسليم .

٧ ـ التفليس .

٨ ـ التدليس .

٩ ـ الشركة .

١٠ ـ ما يفسد ليومه .

١١ ـ خيار الوصف .

١٢ ـ خيار الورثة في ما زاد على الثلث .

الفصل الأوّل

في بيان خيار الشرط

(مادّة : ٤٩٧) يجري خيار الشرط في الإجارة كما جرى في البيع ، ويجوز الإيجار والاستئجار على أن يكون أحدهما أو كلاهما مخيّراً كذا أياماً [(١)] **.**

خيار الشرط في الإجارة كخيار الشرط في البيع يصحّ أن يجعلاه لأحدهما أو لكليهما أو لأجنبي على نحو المؤامرة أو المشاورة أو الاستقلال متّصلاً بالعقد أو منفصلاً عنه في يوم أو أيام أو أكثر حسبما يتّفقان عليه من توزيع الأُجرة لو حصل الفسخ في الأثناء أو ردّها تماماً .

أمّا مع عدم التعيين فالتوزيع ، [و] كلّ ذلك لعموم أدلّة الشروط .

---

(١) ورد : (فيجوز) بدل : (ويجوز) ، و : (أحد العاقدين) بدل : (أحدهما) في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٢٧٥ .

وورد : (أحد الطرفين) بدل : (أحدهما) في درر الحكّام ١ : ٤٨٦ .

واشتراط خيار الشرط في الإجارة جائز عند كلٍّ من الحنفيّة والمالكيّة والحنابلة .

وهو قول للشافعية في الإجارة على معيّن ، أمّا الإجارة في الذمّة فقد منع الشافعيّة خيار الشرط فيها ، كما منعوه ـ في قول عندهم ـ في الإجارة علىٰ معيّن .

قارن : المهذّب للشيرازي ١ : ٤٠٠ ، بداية المجتهد ٢ : ٢٢٧ ، فتح العزيز ١٢ : ٢٥٧ ـ ٢٥٨ ، المجموع ١٥ : ٤١ ، تبيين الحقائق ٥ : ١٤٥ و١٤٨ ، شرح العناية للبابرتي ٨ : ٨٥ ، البحر الزخّار ٥ : ٣٦ و ٣٧ ، كشّاف القناع ٤ : ١٧ ، الفتاوىٰ الهندية ٤ : ٤١١ ، اللباب ٢ : ١٠٥ .

(مادّة : ٤٩٩) كما أنّ الفسخ والإجازة ـ على ما بيّن في (مادّة : ٣٠٢ و٣٠٣ و ٣٠٤) ـ يكونان قولاً ، كذلك أيضاً يكونان فعلاً .

بناءً عليه لو كان الآجر مخيّراً وتصرّف في المأجور بوجه من لوازم التملّك فهو فسخ فعلي ، وتصرّف المستأجر المخيّر في المأجور كتصرّف المستأجرين إجازة فعلية [1] .

إذا كان للمؤجّر خيار فآجر العين ثانياً من مستأجر آخر ، فإن كان في غير زمن خياره فهو فضولي عن المستأجر ، وإن كان في زمن خياره فهو فسخ للإجارة الأُولى ، وإن كان الخيار للمستأجر وتصرّف في العين المستأجرة أيام الخيار على نحو تصرّف المستأجرين فهو إجازة منه ؛ لأنّ التصرّف أمارة نوعية على الرضا والالتزام .

وهذا واضح وضوح :

(مادّة : ٥٠٠) لو انقضت مدّة الخيار قبل فسخ المخيّر أو إنفاذه الإجارة يسقط الخيار وتلزم الإجارة [2] .

---

(١) ورد : (تبيّن) بدل : (بيّن) ، ولم ترد كلمة : (أيضاً) في درر الحكّام ١ : ٤٨٧ ـ ٤٨٨ .
وورد : (ذكر) بدل : (بيّن) ، و : (بالقول فكذلك يكونان بالفعل أيضاً) بدل : (قولاً كذلك أيضاً يكونان فعلاً) ، و : (الخيار للمؤجّر) بدل : (الآجر مخيّراً) ، و (التمليك) بدل : (التملّك) ، و : (فذلك) بدل : (فهو) ، ووردت عبارة : (**وإذا كان الخيار للمستأجر فتصرّف في المأجور كتصرّف المستأجرين كان ذلك إجازة فعلية**) بدل عبارة : (**وتصرّف المستأجر المخيّر في المأجور كتصرّف المستأجرين إجازة فعلية**) .
كلّ ذلك في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٢٧٦ .
راجع الفتاوىٰ الهندية ٤ : ٤١٩ .

(٢) ورد : (وإجازته) بدل : (أو إنفاذه الإجارة) في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٢٧٦ . ←

و(**مادّة : ٥٠١) مدّة الخيار تعتبر من وقت العقد** [١] .

يعني : مع الإطلاق .

ولكن :

(**مادّة : ٥٠٢) ابتداء مدّة الإجارة يعتبر من وقت سقوط الخيار** [٢] .

مبني على ما سبق في البيع من أنّ المبيع مع خيار البائع لا يملكه المشتري إلاّ بعد انقضاء زمن الخيار .

و[قد] عرفت أنّه ممنوع عند جمهور فقهاء الإماميّة ، وشذّ من نسب إليه الرأي المتقدّم الذي عرفت ـ في ما سبق ـ ضعفه من حيث القواعد [٣] .

(**مادّة : ٥٠٣) لو استؤجرت أرض على أن تكون كذا ذراعاً أو دونماً فخرجت زائدة أو ناقصة تصحّ الإجارة ويلزم الأجر المسمّى ، لكن المستأجر مخيّر حال نقصانها ، له أن يفسخ الإجارة إن شاء** [٤] .

← وورد : (وإنفاذه) بدل : (أو إنفاذه) في درر الحكّام ١ : ٤٨٨ .
لاحظ : الاختيار ٢ : ٥١ ، مجمع الأنهر ٢ : ٣٦٩ .

(١) انظر المصدرين السابقين .

(٢) انظر كذلك المصدرين السابقين .

(٣) سبق ذلك في ج ١ ص ٢٤٠ و ٤٩١ .

(٤) ورد : (وخرجت) بدل : (فخرجت) في درر الحكّام ١ : ٤٨٩ .
وورد : (وظهرت) بدل : (فخرجت) ، و : (فله) بدل : (له) في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٢٧٧ .
قارن : المهذّب للشيرازي ١ : ٤٠٥ ، الهداية للمرغيناني ٣ : ٢٤٣ ، المغني ٦ : ٣٠ ، الشرح الصغير للدردير ٤ : ٥٢ ، الفتاوىٰ الهندية ٤ : ٤٦١ .

هذه القضية فرع يبتني على أصل كثير الفروع وكلّي متوفّر المصاديق ، وهو باب الكمّيات المتّصلة والمنفصلة ، وقد مرّ نظير ذلك في البيع أيضاً [١] ، مثل : ما لو باع قطعة قماش أو منقلة حديد أو آجر داراً على أنّها خمس غرف أو سيارة بناءً على أنّها رقم كذا ، فتبيّن الخلاف في الجميع زيادةً أو نقصاً ، فإنّ العدد المخصوص إن كان على سبيل القيدية والتعيين والمقيّد عدم عند عدم قيده فالإجارة إن كانت شخصية تقع باطلة وإن كانت كليّة صحّت ، وطالب بالمصداق في صورة النقص وردّ الزائد في صورة الزيادة ، وإن كان على سبيل الشرطية وتعدّد المطلوب صحّت مع المخالفة إن كانت شخصية وكان له خيار تخلّف الشرط ، وإن كانت كلّية طالب بالمصداق أو ردّ الزائد .

هذا كلّه قبل الاستيفاء ، أمّا بعده فعليه أُجرة مثل ما استوفاه ويطالب بالمصداق أو يردّ أو يفسخ على اختلاف الصور .

ويظهر من (المجلّة) أنّ له الخيار في صورة النقص وله الزائد في صورة الزيادة .

وهو غريب ، ولا ندري بأيّ وجه يتملّكها مع أنّ العقد وقع على الأقل منها ؟!

وقد تقدّم في (**مادّة : ٢٢٦**) إلى ([**مادّة**] : **٢٢٨**) ما لعلّه ينفع هنا أيضاً ، فراجع [٢] .

---

(١) تقدّم في ج ١ ص ٤١٧ ـ ٤٢٢ .
(٢) انظر الهامش المتقدّم .

ثمّ إنّ حال الزمان في الزيادة والنقصان حال المقادير والأوزان في الأجناس والأعيان .

فلو اكترى منه دابّة على أنّ يوصله بها إلى بغداد في أوّل رجب أو أعطاه ثوباً ليخيطه ويدفعه له ليلة العيد فتأخّر عن ذلك ، فإن كان على نحو القيدية لم يستحق الأجير شيئاً أصلاً ؛ لأنّه لم يأتِ بالمأجور عليه ولا بشيء منه ؛ لأنّه بسيط لا تركيب فيه ، وإن كان على نحو الشرطية كان له الفسخ ، فإن فسخ استحقّ الأجير بدل المثل ، وإن أمضى فالمسمّى .

وبهذا يظهر الخلل في :

(مادّة : ٥٠٥) يجوز عقد الإجارة على عمل عيّنت أُجرته وشُرط إيفاؤه في الوقت الفلاني ، [و] يكون الشرط معتبراً .

مثلاً : لو أعطى أحد إلى الخيّاط ثياباً على أن يفصّلها ويخيطها هذا اليوم ، أو لو استكرى أحد ذلولاً [١] بشرط أن يوصله في عشرة أيام إلى مكّة ، تجوز الإجارة ، والآجر إن أوفى الشرط استحقّ الأجر المسمّى ، وإلاّ استحقّ أجر المثل بشرط أن لا يتجاوز الأجر المسمّى [٢] .

---

(١) الذِلّ : اللين ، وهو ضدّ الصعوبة ، يقال : دابّة ذلول بيّنة الذِلّ من دواب ذُلُلٍ . (الصحاح ٤ : ١٧٠١) .

(٢) ورد : (واحد لخيّاط) بدل : (أحد إلىٰ الخيّاط) ، و : (واحد جملاً) بدل : (أحد ذلولاً) ، و : (فإن قام المؤجّر بالشرط) بدل : (والآجر إن أوفىٰ الشرط) في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٢٧٨ .

وورد : (وينجز خياطتها) بدل : (ويخيطها) ، و : (دليلاً) بدل : (ذلولاً) في درر الحكّام ١ : ←

(مادّة : ٥٠٤) لو استؤجرت أرض على أنّ كلّ دونم منها بكذا دراهم يلزم إعطاء الأُجرة بحساب الدونم [(١)] .

هذا إذا كانت الدونمات معلومة العدد ، وإلاّ فهي باطلة ، كما عرفت مكرّراً ، ولو قلنا بالصحّة فهو واضح لا يحتاج إلى بيان .

(مادّة : ٥٠٦) يصحّ ترديد الأُجرة على صورتين أو ثلاث في العمل والعامل والحمل والمسافة والزمان والمكان ، ويلزم إعطاء الأُجرة على موجب الصورة التي تظهر فعلاً .

مثلاً : لو قيل للخيّاط : إن خطت دقيقاً فلك كذا وإن خطت خشناً فلك كذا ، فأيّ الصورتين عمل له أُجرتها .

ولو استؤجر حانوت بشرط إن أجرى فيه عمل العطارة فأُجرته بكذا وإن أجرى فيه عمل الحدادة فبكذا ، فبأيّ العمل أجرى فيه يعطي أُجرته التي شرطت .

وكذا لو استكريت دابّة بشرط إن حملت حنطة فأُجرتها بكذا وإن

← ٤٩١ .

راجع : المبسوط للسرخسي ١٥ : ٩٩ ـ ١٠٠ ، المغني ٦ : ٨٦ و ٨٨ ، فتح العزيز ١٢ : ٢٠٢ ، المحرّر في الفقه ١ : ٣٥٦ ، تبيين الحقائق ٥ : ١٣٩ ، كشّاف القناع ٤ : ٧ ، الفتاوىٰ الهندية ٤ : ٤٢٣ ، حاشية الدسوقي علىٰ الشرح الكبير ٤ : ١٢ ، اللباب ٢ : ٩٠ و ٩٧ .

(١) وردت زيادة كلمة : (يكون) بعد كلمة : (أنّ) في درر الحكام ١ : ٤٩٠ .

ووردت المادّة في شرح المجلّة لسليم اللبناني (١ : ٢٧٧) بالصيغة التالية :

(**إذا استؤجرت أرض كلّ دونم منها بكذا دراهم فتجب الأُجرة بحساب الدونم**) .

لاحظ الفتاوىٰ الهندية ٤ : ٤٢١ .

حملت حديداً فبكذا ، فأيّهما حمل يعطي أُجرته التي عيّنت .

أو لو قيل للمكاري : استكريت منك هذه الدابّة إلى (چوربي) بكذا وإلى (أدرنة) بكذا وإلى (فلبه) [بكذا] ، فإلى أيّهما ذهب المستأجر يلزمه أُجرة ذلك .

وكذا لو قال الآجر : آجرت هذه الحجرة بكذا وهذه بكذا ، فبعد قبول المستأجر يلزمه أُجرة الحجرة التي سكنها .

وكذلك لو ساوم أحد الخيّاط على أن يخيط له (جبّة) بشرط إن خاطها اليوم فله كذا وإن خاطها بكرة فله كذا ، تعتبر الشروط [١] .

---

(١) ورد : (الحدادة هكذا) بدل : (الحدادة فبكذا) ، و : (فأي العملين) بدل : (فبأي العمل) ، و : (حديداً فكذا) بدل : (حديداً فبكذا) ، و(شورلي) بدل : (چوربي) ، و : (بمائة وإلىٰ أدرنة بمائتين وإلىٰ فلبه بثلاث مائة) بدل : (بكذا وإلى أدرنة بكذا وإلىٰ فلبه) ، و (تلزمه أُجرة ذلك) بدل : (يلزمه أُجرة ذلك) ، و : (هذه الدار بمائة وهذه بمائتين وهذه بثلاث مائة) بدل : (هذه الحجرة بكذا وهذه بكذا) ، و : (فله خمسون قرشاً وإن خاطها غداً فله ثلاثون) بدل : (فله كذا وإن خاطها بكرة فله كذا) . كلّ ذلك ورد في درر الحكّام ١ : ٤٩٢ .
كما أنّ هناك اختلافات كثيرة عمّا هو في المتن في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٢٧٨ ـ ٢٧٩ ، فراجع .
قارن : المبسوط للسرخسي ١٥ : ١٠٠ ، المغني ٦ : ٨٧ ، تبيين الحقائق ٥ : ١٣٨ و ١٤٠ ، شرح الوقاية ١ : ٣٠٨ ، الفتاوىٰ الهندية ٤ : ٤٢٢ ، اللباب ٢ : ٩٨ .
وقال الشافعي وكذلك زفر : لا يصحّ ترديد الأُجرة .
انظر : المبسوط للسرخسي ١٥ : ١٠٠ ، فتح العزيز ١٢ : ٢٠٢ .
وأمّا أدرنة : فهي المدينة الثانية من مدن تركية أُوربا في الروملي ، جدّدها وكبّرها الأُمبراطور الروماني (أدريان) في القرن الأوّل الميلادي . وهي تبعد عن الآستانة بمائة وستين كيلومتراً من

←

ذكر فقهاؤنا في أكثر مؤلّفاتهم نظير هذه الفروض بما صورته :

إذا قال : إن خطت هذا الثوب فارسياً ـ أي : بدرز ـ [١] فلك درهم وإن خطته رومياً ـ أي : بدرزين ـ فلك درهمان ، فإن قصد الإجارة بطل للجهالة ، وإن قصد الجعالة صحّ .

وكذا لو قال : إذا صبغت ثوبي اليوم فلك درهم وإن صبغته غداً فنصف [٢] .

والقول بصحّتهما إجارة [٣] أو التفصيل [٤] ضعيف .

← جهة الشمال الغربي ، فيها دار لصناعة السفن ومعمل لصبّ المدافع ، وبنىٰ بها السلطان سليم مسجداً . وقد احتلّها الروس مؤقّتاً سنة ١٨٢٩ م ، وعقدت في ما بينهم وبين الترك شروط الصلح التي قضت بتنازل الدولة العثمانية لروسيا عن مصبّ نهر الدانوب وباعترافها باستقلال اليونان السياسي .

راجع دائرة معارف القرن العشرين ١ : ١١٨ و ١١٩ .

وأمّا مدينة (فيلبه) فاسمها بالرومية : **Philippopolis** (فيليبوبوليس) أي : مدينة فيليب نسبةً إلى مؤسّسها فيليب والد الإسكندر الأكبر ، تقع إلىٰ الجنوب الشرقي من صوفيا بين نفس صوفيا وأدرنة علىٰ خط واحد ، وكانت عاصمة الروملي الشرقي ، فتحها سنة ١٤٥٣م السلطان العثماني مراد الأوّل ابن السلطان أورخان .

لاحظ تاريخ الدولة العثمانية ١٣٠ ، وانظر كذلك الهامش الأوّل من نفس الصفحة المذكورة .

(١) الدرز : واحد دروز الثوب ، فارسي معرّب . (الصحاح ٣ : ٨٧٨) .
وبتعبير ابن دريد : لا أصل له في كلامهم . (جمهرة اللغة ٢ : ٦٢٧) .

(٢) انظر : الشرائع ٢ : ٤١٥ ، الحدائق ٢١ : ٥٧١ ، الجواهر ٢٧ : ٢٣٦ .

(٣) راجع : الخلاف ٣ : ٥١٠ ، الشرائع ٢ : ٤١٦ ، اللمعة الدمشقية ١٥٦ .
وحُكي عن المبسوط والتحرير والكفاية في الجواهر ٢٧ : ٢٣٦ .

(٤) وهو : القول بالبطلان إن قصد إجارة ، والصحّة إن قصد جعالة .

←

ولو عمل في صورة البطلان استحقّ أُجرة المثل .

ثمّ ذكروا فرضاً آخر وهو : ما لو استأجر من رجل دابّته على أن يوصله إلى المحلّ المعيّن في زمن معيّن ، أو يرسل كتابه إلى زيد كذلك فلم يوصله ، فإن كان لعدم سعة الوقت وعدم إمكان الوصول فالإجارة باطلة ؛ لعدم القدرة ، وإن كان الزمان واسعاً فإن كان عدم الإيصال عن تقصير منه فلا يخلو إمّا أن يكون أخذ الإيصال الخاصّ على نحو القيدية ـ بمعنى : وحدة المطلوب ـ أو على نحو الشرطية ـ أي : التعدّد ـ فعلى الأوّل البطلان ولا يستحقّ شيئاً ، وعلى الثاني الصحّة والخيار ، ومع الفسخ فأُجرة المثل .

ومثله : لو استأجره لصوم الخميس فصام السبت وإن لم يكن عن تقصير بل لحدوث مانع ، فإن كان عامّاً كثلج أو مطر شديد أو محاربة في الطريق فهي باطلة .

ومثله : ما لو كان المانع خاصّاً كمرض أو ظالم أو عدو ونحو ذلك وكانت الإجارة شخصية مقيّدة بالمباشرة ، أمّا لو لم تكن شخصية فهي صحيحة ، ويوجّه غيره للعمل والاستيفاء ، وتلزمه الأُجرة على كلّ حال [١] .

→ قارن : السرائر ٢ : ٤٧٧ ـ ٤٧٨ ، المختلف ٦ : ١٣٠ ، جامع المقاصد ٧ : ١٠٦ و ١٠٧ ، المسالك ٥ : ١٨٢ .

وقال النجفي : (خلافاً للفاضل في القواعد ، فحكم بالبطلان في الأوّل والرجوع إلىٰ أُجرة المثل والصحّة في الشهر في الأخير والبطلان في الزائد) . (الجواهر ٢٧ : ٢٣٧) .

(١) لاحظ : جامع المقاصد ٧ : ١٠٧ ـ ١٠٨ ، الحدائق ٢١ : ٥٦٥ .

قال ابن فهد الحلّي : (فالحاصل : أنّ هنا أربعة أقوال :

أ ـ صحّة هذه الشرط والعمل بموجبه ما لم يحط بالأُجرة ، فتجب أُجرة المثل ، قاله الشيخ في ←

وبالجملة : فالمانع العامّ حكمه حكم التلف السماوي ، وكذا الخاصّ مع قيد المباشرة .

وبهذا تستطيع استخراج الفروع الكثيرة التي هي من هذا القبيل .

← النهاية واختاره ، وأفتىٰ به العلاّمة في المعتمد .
ب ـ صحّة هذا الشرط والعمل بموجبه ما لم يحط بالأُجرة ، فيجب القضاء بالصلح ، قاله أبو علي .
ج ـ بطلان هذا الشرط وصحّة العقد ، فتجب الأُجرة بكمالها ، قاله ابن إدريس .
د ـ بطلانهما معاً ، فتجب أُجرة المثل سواء أوصله في المعيّن أو غيره ، وسواء أحاطت بالأُجرة أو لا ، اختاره العلاّمة وفخر المحقّقين ؛ لعدم اليقين والجزم في العقد .
وهو مشكل ؛ لأنّه اجتهاد في مقابلة النصّ) . (المهذّب البارع ٣ : ٢٤) .

الفصل الثاني

خيار الرؤية

(مادّة : ٥٠٧) للمستأجر خيار الرؤية [١] .

(مادّة : ٥٠٨) رؤية المأجور كرؤية المنافع [٢] .

(مادّة : ٥٠٩) لو استأجر أحد عقاراً من دون أن يراه يكون مخيّراً عند رؤيته [٣] .

حال خيار الرؤية في الإجارة كحاله في البيع ، فلو آجره داراً غائبة بالوصف ثمّ انكشف الخلاف كان له الخيار .

أمّا لو رآها واستأجرها بتلك الرؤية فلا خيار بعد الاختبار ، إلاّ إذا تغيّرت بعد الرؤية وقبل العقد عليها ، ولكن حيث إنّ المنافع ـ كما عرفت [٤] ـ غير

---

(١) انظر : المبسوط للسرخسي ١٣ : ٧٢ ، البحر الرائق ٦ : ٢٦ ـ ٢٨ ، الفتاوىٰ الهندية ٣ : ٦٤ و ٤ : ٤٢١ .

(٢) قارن : الشرح الصغير للدردير ٤ : ٥٩ ، الفتاوىٰ الهندية ٤ : ٤٢١ .

(٣) وردت المادّة نصّاً في درر الحكّام ١ : ٤٩٧ .

وفي شرح المجلّة لسليم اللبناني (١ : ٢٨٠) وردت بالصيغة التالية :

(من استأجر عقاراً ولم يره كان له الخيار إذا رآه) .

راجع الفتاوىٰ الهندية ٤ : ٤٢١ .

(٤) عرفت ذلك في ص ١٣ ـ ١٤ .

مجتمعة الأجزاء في الوجود فلا يمكن رؤيتها ، لذلك صارت رُؤية العين تقوم مقام رؤية المنفعة ، فيسقط الخيار برؤية العين وإن لم ير المنفعة ، كما في :

(مادّة : ٥٠٨) و : (مادّة : ٥١٠) من استأجر داراً كان قد رآها من قبل ليس له خيار الرؤية ، إلاّ لو تغيّرت رؤيتها الأُولى بانهدام محلٍّ يكون مضرّاً للسكنى ، فحينئذ يكون مخيّراً [١] .

بل وحتّى لو لم يكن مضرّاً .

وكما يكون للمستأجر خيار الرؤية ، كذلك يكون للأجير في محلّ عمله حيث يكون ممّا تختلف مصاديقه أو أصنافه ، كما في :

(مادّة : ٥١١) كلّ عمل يختلف ذاتاً باختلاف المحلّ فللأجير فيه خيار الرؤية .

مثلاً : لو ساوم أحد الخيّاط على أن يخيط له (جبّة) فالخيّاط بالخيار عند رؤية (الجوخ) أو (الشال) الذي يخيطه [٢] .

---

(١) ورد : (هيئتها) بدل : (رؤيتها) ، و : (بالسكنىٰ) بدل : (للسكنىٰ) في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٢٨٠ .

وورد : (إذا) بدل : (لو) ، وكذلك ورد التغييران السابقان في درر الحكّام ١ : ٤٩٨ .

قارن مجمع الأنهر ٢ : ٣٥ و ٣٩ .

(٢) ورد : (سيخيطه) بدل : (يخيطه) في درر الحكام ١ : ٤٩٨ .

وورد : (فلو ساوم خيّاطاً ليخيط) بدل : (لو ساوم أحد الخيّاط على أن يخيط) في شرح المجلة لسليم اللبناني ١ : ٢٨١ .

راجع الهداية للمرغيناني ٣ : ٢٣٨ .

بخلاف ما لم يكن فيه اختلاف كنقل الطعام من مكان معيّن إلى معيّن ، أو كما ذكر في :

(مادّة : ٥١٢) كلّ عمل لا يختلف باختلاف المحلّ [. . .][١] إلى الآخر .

(١) تكملة المادّة ـ علىٰ ما في درر الحكّام ١ : ٤٩٩ ـ هكذا :

(. . . فليس فيه خيار الرؤية .

مثلاً : لو استؤجر أجير علىٰ على أن يخرج حبّ خمس أواق قطن بعشرة دراهم ولم يرَ الأُجير القطن فليس للأجير فيه خيار الرؤية) .

الفصل الثالث

في خيار العيب

(مادّة : ٥١٣) في الإجارة أيضاً خيار العيب ، كما في البيع [١] .

ولكن العيب في الإجارة لا يكون في ذات المنفعة ؛ لأنّها ليست من الأُمور المستقلّة في الوجود ، وإنّما يكون في ما تتقوّم به المنفعة وهو العين ، فكلّ عيب في العين يوجب نقصاً في المنفعة المقصودة بالإجارة فهو سبب لثبوت الخيار فيها ، كما ذكر في :

(مادّة : ٥١٤) العيب الموجب للخيار في الإجارة هو ما يكون سبباً لفوات المنافع المقصودة بالكلّية أو إخلالها ، كفوات المنفعة المقصودة من الدار بالكلّية بانهدامها ، ومن الرحى بانقطاع مائها ، أو كإخلالها بسقوط سطح الدار أو بانهدام محلٍّ مضرٍّ للسكنى ، أو بانجراح ظهر الدابّة ، فهؤلاء من العيوب الموجبة للخيار في الإجارة .

وأمّا النواقص التي لا تخلّ بالمنافع ـ كانهدام بعض محالّ الحجرات بحيث لم يدخل الدار برد ولا مطر وكانقطاع عرف الدابّة أو ذيلها ـ فليست موجبة للخيار في الإجارة [٢] .

---

(١) لاحظ : المهذّب للشيرازي ١ : ٤٠٥ ، الاختيار ٢ : ٥١ ، شرح الوقاية ١ : ٣١١ .

(٢) ورد : (بهبوط) بدل : (بسقوط) ، و : (بالسكنىٰ) بدل : (للسكنىٰ) ، و : (وذيلها) بدل : (أو←

(مادّة : ٥١٥) لو حدث في المأجور عيب فإنّه كالموجود في وقت العقد (١) .

يفترق العيب في الإجارة عنه في البيع بأنّه متى ظهر أوجب الخيار في الإجارة حتّى بعد القبض واستيفاء بعض المنافع بخلافه في البيع ، فإنّه لا أثر له بعد القبض وانقضاء الخيار ، فالموجود قبل العقد والحادث بعده والحادث بعد القبض وبعد الاستيفاء كلّها توجب الخيار بين فسخها في الباقي وإمضائها وإعطائها تمام الأُجرة ، كما في :

(مادّة : ٥١٦) لو حدث في المأجور عيب فالمستأجر بالخيار إن شاء استوفى المنفعة مع العيب وأعطى تمام الأُجرة ، وإن شاء فسخ الإجارة (٢) .

← ذيلها) في درر الحكّام ١ : ٥٠١ .

وفي شرح المجلّة لسليم اللبناني (١ : ٢٨١) وردت أكثر الاختلافات في صدر المادّة ، ونحن هنا نورد الصدر : (**العيب الموجب للخيار في الإجارة هو ما تفوت معه بالكلّية أو تختلّ معه المنافع المقصودة ، كفوات المنفعة المقصودة من الدار بالكلّية بانهدامها ومن الرحىٰ بانقطاع مائها ، أو كاختلالها بهبوط سطح الدار أو بانهدام محلٍّ مضرٍّ بالسكنىٰ ، أو بانجراح ظهر الدابّة ، فهذه كلّها من العيوب الموجبة للخيار في الإجارة**) .

انظر : المهذّب للشيرازي ١ : ٤٠٥ ، المغني ٦ : ٣٠ ـ ٣١ ، الإنصاف ٦ : ٥٨ ـ ٥٩ ، الشرح الصغير للدردير ٤ : ٤٩ ، الفتاوىٰ الهندية ٤ : ٤٦١ .

(١) بعد كلمة : (عيب) هناك زيادة عبارة : (قبل استيفاء المنفعة) في : شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٢٨٢ ، درر الحكّام ١ : ٥٠٣ .

قارن : الهداية للمرغيناني ٣ : ٢٤٩ ، مجمع الأنهر ٢ : ٣٩٨ .

(٢) لاحظ المصدرين السابقين .

يعني : أنّه ليس له المطالبة بالأرش ، كما في البيع مطلقاً أو في بعض الصور .

ولكنّ التحقيق أنّه لا مانع منه هنا بناءً على أنّ المطالبة بالأرش وعدم الفسخ على مقتضى قاعدة أصالة اللزوم بالعقود وأنّه يجب الوفاء بالعقد حسب الإمكان ، والأرش غرامة للوصف أو الجزء الفائت .

وكذا لو زال العيب من نفسه أو أزاله المؤجّر قبل فوات شيء معتدٍّ به من المنفعة سقط الخيار ، كما في :

(مادّة : ٥١٧) إن أزال الآجر العيب الحادث قبل فسخ المستأجر الإجارة لا يبقى للمستأجر حقّ الفسخ [١] .

(مادّة : ٥١٨) إن أراد المستأجر فسخ الإجارة قبل رفع العيب الحادث الذي أخلّ بالمنافع فله فسخها في حضور الآجر ، وإلاّ فليس له فسخها في غيابه .

وإن فسخها في غيابه من دون أن يخبره لم يعتبر فسخه ، وكراء المأجور يستمرّ كما كان .

وأمّا لو فاتت المنافع المقصودة بالكلّية فله فسخها في غياب الآجر أيضاً ، ولا تلزمه الأُجرة إن فسخ أو لم يفسخ ، كما بيّن في (مادّة : ٤٧٨) .

---

(١) وردت في آخر المادّة زيادة عبارة : (**وإن أراد المستأجر التصرّف في بقية المدّة فليس للآجر منعه أيضاً**) في : شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٢٨٢ ، درر الحكّام ١ : ٥٠٤ .
انظر : المهذّب للشيرازي ١ : ٤٠٥ ، الهداية للمرغيناني ٣ : ٢٤٩ ، مجمع الأنهر ٢ : ٣٩٩ .

مثلاً: لو انهدم محلّ يخلّ [بالمنافع] من الدار المأجورة فللمستأجر فسخ الإجارة ، لكن يلزم عليه أن يفسخها في حضور الآجر ، وإلاّ فلو خرج من الدار من دون أن يخبره يلزمه إعطاء الأُجرة كأنّه ما خرج ، وأمّا لو انهدمت الدار بالكلّية فمن دون احتياج إلى حضور الآجر للمستأجر فسخها ، وعلى هذا الحال لا تلزم الأُجرة [(١)].

هذا أيضاً من الحكم الجزافي والقول بلا دليل ، فإنّه متى حصل سبب الفسخ كان له أن يفسخ في حضور الآجر أو غيابه .

نعم ، يجب عليه ـ لو فسخ ـ وجوباً تكليفياً إعلام المؤجّر ؛ دفعاً لما يحتمل من دخول الضرر عليه لو لم يعلمه بالفسخ ، فيبقى ملكه عاطلاً وتفوته أُجرة تلك المدّة ، ولكن ليس معناه : أنّ فسخه يكون باطلاً ولا أثر له مع الغياب في الأوّل دون الثاني .

---

(١) ورد : (دون أن يخبره) بدل : (من دون أن يخبره) ، و : (هذه الحال) بدل : (هذا الحال) في درر الحكّام ١ : ٥٠٥ .

وورد : (إذا أراد) بدل : (إن أراد) ، و : (ليس له أن يفسخها) بدل : (وإلاّ فليس له فسخها) ، و : (بدون) بدل : (من دون) ، و : (بغياب المؤجّر) بدل : (في غياب الآجر) ، و : (فسخ) بدل : (إن فسخ) ، و : (بدون أن يخبره) بدل : (من دون أن يخبره) و : (فيلزمه إعطاء) بدل تعبير : (يلزمه إعطاء) ، و : (ولكن لو انهدمت) بدل : (وأمّا لو انهدمت) ، ووردت عبارة : **(فللمستأجر فسخ الإجارة بدون حاجة إلىٰ حضور الآجر ، وعلىٰ هذه الحال لا تلزم الأُجرة)** بدل عبارة : **(فمن دون احتياج إلىٰ حضور الآجر للمستأجر فسخها ، وعلىٰ هذا الحال لا تلزم الأُجرة)** .

كلّ ذلك في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٢٨٣ .

راجع بدر المتقىٰ في شرح الملتقىٰ (بهامش مجمع الأنهر) ٢ : ٣٩٩ .

وبالجملة : فوجوب الإخبار لا علاقة له بإعمال الخيار ، ولا يتوقّف أحدهما على الآخر ، فليتدبّر .

نعم ، لو تعطّلت الدار بالكلّية انفسخت انفساخاً قهرياً ؛ لعدم الموضوع ، كما عرفت .

(مادّة : ٥١٩) لو انهدم حائط الدار أو إحدى حجرها ولم يفسخ المستأجر الإجارة وسكن في باقيها لم يسقط شيء من الأُجرة [١] .

فإنّ الانهدام وإن أوجب الخيار ، ولكن سكوته وسكناه فيها دليل على رضاه بالعقد وإمضائه .

(مادّة : ٥٢٠) لو استأجر أحد دارين بكذا دراهم وانهدمت إحداهما فله أن يترك الاثنتين معاً [٢] .

يعني : يكون له الخيار إن شاء ترك الاثنتين واستردّ الأُجرة ، وإن شاء أمضى في واحدة واستردّ ما يخصّ الثانية المنهدمة ؛ لأنّ الإجارة فيها باطلة ذاتاً ، فلا معنى لإجازة العقد ، بل إمّا الفسخ فيهما أو الإجازة في الصحيحة ،

---

(١) وردت المادّة نصّاً في درر الحكّام ١ : ٥٠٦ .

وورد صدرها بالصيغة التالية في شرح المجلّة لسليم اللبناني (١ : ٢٨٣) :

(**لو انهدم من الدار إحدىٰ حجرها أو حائط يوجب الإخلال بالمنفعة المقصودة ...**) .

انظر : المهذّب للشيرازي ١ : ٤٠٥ (حيث ذكر : أنّ في المسألة وجهين) ، الهداية للمرغيناني ٣ : ٢٤٩ ، المغني ٦ : ٣١ ، مجمع الأنهر ٢ : ٣٩٩ ، الشرح الصغير للدردير ٤ : ٧١ .

(٢) وردت المادّة نصّاً في درر الحكّام ١ : ٥٠٧ .

وورد : (واحد) بدل : (أحد) في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٢٨٤ .

راجع : الهداية للمرغيناني ٣ : ٢٤٩ ، مجمع الأنهر ٢ : ٣٩٩ .

فليتدبّر .

ومن هذا يظهر الخلل في :

(مادّة : ٥٢١) المستأجر بالخيار في دار استأجرها على أن تكون كذا حجرة وظهرت ناقصة ، إن شاء فسخ الإجارة ، وإن شاء قبلها بالمسمّى .

ولكن ليس له إيفاء الإجارة وتنقيص مقدار من الأُجرة [1] .

فإنّ القواعد تقتضي أن يكون له الخيار ، والخيار في منطقته هنا إمّا الفسخ في كلّ الدار ، أو الإجازة بنسبة الحجر الموجودة وتنقيص مقدار ما يخصّ الناقصة ؛ لأنّ الأُجرة تتوزّع على الحجر حسب الشرط ، فتنحلّ إلى عقود متعدّدة ، كما في نظائرها .

نعم ، لو كان اللحاظ في الإجارة المذكورة على نحو البساطة كان لما ذكرته (المجلّة) وجه ، ولكنّه خلاف ما عليه التحقيق في نظائره .

---

(١) ورد : (بالأجر المسمّىٰ) بدل : (بالمسمّىٰ) و : (إبقاء) بدل : (إيفاء) في درر الحكّام ١ : ٥٠٨ .

ووردت المادّة في شرح المجلّة لسليم اللبناني (١ : ٢٨٤) بالصيغة التالية :

(إذا استأجر داراً علىٰ أن تكون كذا حجرة وظهرت ناقصة فهو بالخيار إن شاء فسخ الإجارة وإن شاء قبلها بالأجر المسمّىٰ .

ولكن ليس له أن يبقىٰ علىٰ الإجارة ويحطّ مقداراً من الأُجرة) .

قارن : المبسوط للسرخسي ١٥ : ١٧٦ ، تبيين الحقائق ٥ : ١٢١ ، الفتاوىٰ الهندية ٤ : ٤١٣ و ٤٢١ ، اللباب ٢ : ١٠٤ .



الباب السادس

في بيان أنواع المأجور وأحكامه

ويشتمل على أربعة فصول



الفصل الأوّل

في بيان مسائل تتعلّق بإجارة العقار

(مادّة : ٥٢٢) يجوز استئجار دار أو حانوت بدون بيان أنّها سكنى لأحد [١] .

نعم ، هذه هي الإجارة الكلّية التي يملك بها المستأجر المنفعة مطلقة غير مقيّدة ، فله أن يستوفيها بنفسه أو بمن يفوّضه عليها بإجارة أو غيرها .

ومن الواضح الذي لا حاجة إلى بيانه :

(مادّة : ٥٢٣) من آجر داره أو حانوته وكانت فيه أمتعته وأشياؤه تصحّ الإجارة ، ويكون مجبوراً على تخليته [٢] .

فإنّ هذا من ضروريات الإجارة ولوازم التسليم ، فلا حاجة إلى بيانه .

---

(١) ورد : (من يسكنها) بدل : (أنّها سكنىٰ لأحد) في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٢٨٤ .
وورد : (لسكنىٰ أحد) بدل : (سكنىٰ لأحد) في درر الحكّام ١ : ٥٠٩ .
لاحظ : الهداية للمرغيناني ٣ : ٢٣٦ ، المغني ٦ : ٥٢ ، الفتاوىٰ الهندية ٤ : ٤٢٩ .

(٢) ورد : (**ويجبر علىٰ تخليته من أمتعته وأشيائه وتسليمه**) بدل : (**ويكون مجبوراً علىٰ تخليته**) في درر الحكّام ١ : ٥١٠ .
وورد : (**فالإجارة صحيحة ويلزمه تسليمه بعد تخليته من أمتعته وأشيائه**) بدل : (**تصحّ الإجارة ويكون مجبوراً علىٰ تخليته**) في شرح المجلة لسليم اللبناني ١ : ٢٨٤ .
قارن الفتاوىٰ الهندية ٤ : ٤٤٦ .

أمّا :

(مادّة : ٥٢٤) من استأجر أرضاً ولم يعيّن ما يزرعه فيها ولم يعمّم على أن يزرع ما شاء فإجارته فاسدة .

ولكن لو عيّن قبل الفسخ ورضي الآجر تنقلب إلى الصحّة [١] .

وهذا صحيح ؛ لما عرفت من لزوم التعيين وعدم الإجمال في الإجارة ، لكنّها إذا فسدت للإجمال لم ينفع في صحّتها التعيين أخيراً ، ولا يعقل أن ينقلب الشيء عمّا وقع عليه ويصير ما وقع فاسداً صحيحاً ، إلاّ بعقد جديد ، فتدبّره جيّداً .

(مادّة : ٥٢٥) من استأجر أرضاً على أن يزرعها ما شاء فله أن يزرع مكرّراً صيفاً وشتاءً [٢] .

هذا أيضاً من فروع الإجارة الكلّية ، كما عرفت .

(مادّة : ٥٢٦) لو انقضت مدّة الإجارة قبل إدراك الزرع فللمستأجر أن

---

(١) وردت المادّة نصّاً في درر الحكّام ١ : ٥١١ .
وورد : (إذا) بدل : (من) ، و : (كانت الإجارة فاسدة) بدل : (فإجارته فاسدة) ، و : (لكن) بدل : (ولكن) ، و : (انقلبت) بدل : (تنقلب) في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٢٨٥ ـ ٢٨٦ .
وذهب الشافعي إلىٰ الصحّة ، وحُكي عن ابن سريج عدمها .
انظر : المهذّب للشيرازي ١ : ٣٩٦ ، الهداية للمرغيناني ٣ : ٢٣٥ و٢٤٣ ، المغني ٦ : ٥٩ ، الفتاوىٰ الهندية ٤ : ٤١١ و٤٤٠ .

(٢) وردت عبارة : (**يزرعها مكرّراً في ظرف السنة صيفياً وشتوياً**) بدل عبارة : (**يزرع مكرّراً صيفاً وشتاءً**) في : درر الحكّام ١ : ٥١٣ ، شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٢٨٦ .
لاحظ مجمع الأنهر ٢ : ٣٧٦ .

يبقي الزرع في الأرض إلىٰ إدراكه ، ويعطي أُجرة المثل [١] .

هذا إذا كان في قلع الزرع ضرر على صاحبه .

أمّا مع عدم الضرر فلصاحب الأرض أن يجبر صاحب الزرع على قلعه ، بل وحتّى في صورة الضرر على المستأجر ليس له أن يجبر صاحب الأرض على أُجرة المثل ، بل اللازم إرضاؤه ولو بأزيد من أُجرة المثل بالاستيجار ثانياً .

(مادّة : ٥٢٧) يصحّ استيجار الدار والحانوت مع عدم بيان كونه لأيّ شيء ، وأمّا كيفية استعماله فيرجع إلى العرف والعادة [٢] .

هذا أيضاً من فروع الإجارة الكلّية يستوفي المنفعة كيف شاء وحسب المتعارف في كلّ صنعة ومهنة على موازينها .

---

(١) وردت المادّة نصّاً في درر الحكّام ١ : ٥١٣ .
وورد : (أجر) بدل : (أُجرة) في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٢٨٦ .
قارن : الهداية للمرغيناني ٣ : ٢٣٥ ، المغني ٦ : ٦٧ ، مجمع الأنهر ٢ : ٣٧٦ ، الفتاوىٰ الهندية ٤ : ٤٢٩ .

(٢) ورد : (**بدون بيان الغرض من استئجارهما**) بدل : (**مع عدم بيان كونه لأيّ شيء**) ، و : (فتصرف) بدل : (فيرجع) في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٢٨٧ .
وورد : (بدون) بدل : (مع عدم) ، و : (فتصرف) بدل : (فيرجع) في درر الحكّام ١ : ٥١٤ .
انظر : المبسوط للسرخسي ١٥ : ١٢٩ ـ ١٣٠ ، الهداية للمرغيناني ٣ : ٢٣٥ ، المغني ٦ : ٥١ ـ ٥٢ ، تبيين الحقائق ٥ : ١١٣ ، مجمع الأنهر ٢ : ٣٧٥ ، كشّاف القناع ٣ : ٥٤٧ ـ ٥٤٨ ، حاشية القليوبي علىٰ شرح المنهاج ٣ : ٧٢ ، حاشية الرشيدي علىٰ نهاية المحتاج ٥ : ٢٨٦ ، الشرح الصغير للدردير ٤ : ٣٩ ، حاشية الدسوقي علىٰ الشرح الكبير ٤ : ٤٤ ، اللباب ٢ : ٨٩ .
وقال ابن قدامة : (قال أبو ثور : لا يجوز حتّىٰ يقول : أبيت تحتها أنا وعيالي) . (المغني ٦ : ٥٢) .

وعليه تبتني :

(مادّة : ٥٢٨) كما أنّه يصحّ لمن استأجر داراً مع عدم بيان كونها لأيّ شيء أن يسكنها بنفسه ، كذلك يصحّ له أن يسكنها غيره أيضاً ، وله أن يضع فيها أشياءه ، وله أن يعمل فيها كلّ عمل لا يورث الوهن والضرر للبناء .

ولكن ليس له أن يفعل ما يورث الضرر والوهن للبناء إلاّ بإذن صاحبها .

وأمّا في خصوص ربط الدواب ، فعرف البلدة وعادتها معتبر ومرعي ، وحكم الحانوت على هذا الوجه [١] .

(مادّة : ٥٢٩) إعمال الأشياء التي تخلّ بالمنفعة المقصودة عائدة إلىٰ

---

(١) ورد : (بدون) بدل : (مع عدم) في درر الحكّام ١ : ٥١٤ .

وورد : (بدون بيان ما استؤجرت له) بدل : (مع عدم بيان كونها لأيّ شيء) ، و : (لكن) بدل : (ولكن) ، ولم ترد كلمة : (للبناء) الثانية ، وورد : (فيراعىٰ فيه عرف البلدة وعادتها) بدل : (فعرف البلدة وعادتها معتبر ومرعي) في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٢٨٧ ـ ٢٨٨ .

و هذا ما ذهب إليه الحنفيّة يستديم حتّىٰ علىٰ مستوىٰ الشرط ، فلا عبرة به .

أمّا المالكيّة والحنابلة فقد ذهبوا إلىٰ : اعتبار الشرط ، فليس له أن يسكن غيره معه ، إلاّ ما جرىٰ به العرف .

وذهب الشافعيّة إلىٰ : فساد الشرط والعقد ؛ لأنّ هذا الشرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة للمؤجّر ، فيكون شرطاً فاسداً ويفسد العقد به .

قارن : المدوّنة الكبرىٰ ٤ : ٥١٤ ، المغني ٦ : ٥١ ، شرح فتح القدير ٨ : ٢٣ ، نهاية المحتاج ٥ : ٢٨٠ و ٢٨٦ و ٣٠٦ ـ ٣٠٧ ، كشّاف القناع ٣ : ٥٤٨ ، الفتاوىٰ الهندية ٤ : ٤٢٩ ، حاشية ردّ المحتار ٦ : ٢٨ .

الآجر .

مثلاً : تطهير الرحى على صاحبها ، وكذلك تعمير الدار ، وطرق البناء ، وإصلاح منافذه ، وإنشاء الأشياء التي تخلّ بالسكنى ، وسائر الأُمور التي تتعلّق بالبناء كلّها لازمة [١] .

الملحوظ بهذه المادّة وما بعدها إلى آخر هذا الفصل [٢] هو بيان حكم

---

(١) وردت المادّة في شرح المجلّة لسليم اللبناني (١ : ٢٨٨ ـ ٢٨٩) بالصيغة التالية :
(إعمال الأشياء التي تخلّ بالمنفعة المقصودة عائد على الآجر .
فتطهير الرحىٰ علىٰ صاحبها ، كذلك إصلاح الدار ، وطرق الماء وإصلاح منافذه ، وإنشاء الأشياء التي تخلّ بالسكنىٰ ، وسائر الأُمور التي تتعلّق بالبناء كلّها لازمة علىٰ صاحب الدار .
وإن امتنع صاحبها من عمل ما ذكر فللمستأجر أن يخرج منها ، إلاّ إذا كانت حين استئجاره إيّاها علىٰ هذه الحال وكان قد رآها ، فإنّه حينئذٍ يكون قد رضي بالعيب ، فليس له بعد ذلك اتّخاذ هذا وسيلة للخروج من الدار ، وإن عمل هذه الأشياء المستأجرُ كان متبرّعاً ، فليس له أن يطالب الآجر بشيء ممّا أنفق علىٰ الإصلاح والترميم) .
انظر : المهذّب للشيرازي ١ : ٤٠١ ، مجمع الأنهر ٢ : ٣٩٩ ، كشّاف القناع ٤ : ١٩ ـ ٢١ ، الفتاوىٰ الهندية ٤ : ٤٤٣ .

(٢) نصوص هذه المواد ـ على ما في درر الحكّام ١ : ٥١٩ و ٥٢١ و ٥٢٤ ـ كالآتي :
نصّ (مادّة : ٥٣٠) : (التعميرات التي أنشأها المستأجر بإذن الآجر إن كانت عائدة لإصلاح المأجور وصيانته عن تطرّق الخلل كتنظيم الكرميد ـ أي : القرميد وهو نوع من الآجر يوضع على السطوح لحفظه من المطر ـ فالمستأجر يأخذ مصروفات هذه التعميرات من الآجر وإن لم يجرِ بينهما شرط على أخذه ، وإن كانت عائدة لمنافع المستأجر فقط ـ كتعمير المطابخ ـ فليس للمستأجر أخذ مصروفاتها ما لم يذكر شرط أخذه بينهما) .
راجع : نهاية المحتاج ٥ : ٢٩٨ ـ ٢٩٩ ، كشّاف القناع ٤ : ٢١ ، الشرح الصغير للدردير ٤ : ٦٣ ، الفتاوىٰ الهندية ٤ : ٤٤٣ ، حاشية الدسوقي علىٰ الشرح الكبير ٤ : ٤٧ .
ونصّ (مادّة : ٥٣١) : (لو أحدث المستأجر بناءً في العقار المأجور أو غرس شجرة فالآجر

←

الأحداث التي يحدثها المستأجر في العين المأجورة أو ما يلزمه من نفقاتها بالذات أو بالعرض .

وتحرير هذا البحث الذي هو من مهمّات بحوث الإجارة : أنّ النفقات اللازمة على أنواع :

الأوّل : ما يتوقّف بقاء تلك العين عليها ، كعلف الدابّة وسقيها ، ونفقة العبد ومداواة علله ، أو جرح الدابّة ، وما أشبه ذلك .

ولا ريب في أنّ جميع ذلك إن لم يشترطها المؤجّر على المستأجر فهي عليه ، فإن دفعها ، وإلاّ أنفق المستأجر ورجع بها على المؤجّر أذن أو لم يأذن ، فإن امتنع جبره الحاكم على غرامتها .

الثاني : الأحداث القائمة بالعين التي يتوقّف الانتفاع بها كلاًّ أو بعضاً عليه ، كنقر الرحى ، وتنظيف مجرى الماء أو بيت الماء ، أو تعمير مثل : الدرج أو الباب ، أو نحو ذلك من مرافقها الضرورية .

← **مخيّر ـ عند انقضاء مدّة الإجارة ـ إن شاء قلع البناء أو الشجرة ، وإن شاء أبقىٰ ذلك وأعطىٰ قيمته كثيرة كانت أم قليلة)** .

لاحظ : الهداية للمرغيناني ٣ : ٢٣٥ ، المغني ٦ : ٦٧ ، مجمع الأنهر ٢ : ٣٧٦ ، الفتاوىٰ الهندية ٤ : ٤٢٩ .

ونصّ (مادّة : ٥٣٢) : **(إزالة الغبار والتراب والكناسة والرماد وغير ذلك أثناء مدّة الإجارة علىٰ المستأجر)** .

قارن مجمع الأنهر ٢ : ٣٩٩ .

ونصّ (مادّة : ٥٣٣) : **(إن كان المستأجر يخرّب المأجور بإحدىٰ الصور ولم يقدر الآجر علىٰ منعه راجع الحاكم وفسخ الإجارة)** .

انظر كذلك مجمع الأنهر ٢ : ٣٩٩ .

ولا ينبغي الإشكال [في] أنّه على المالك المؤجّر أيضاً .

الثالث : الجهات الكمالية والمحسّنات الاعتبارية ، كتبيض غرف الدار ، وصبغ أبوابها ، وما إلى ذلك .

ولا ينبغي الريب أيضاً في أنّها على المستأجر ، إلاّ أن يشترطها على المؤجّر .

وإن انتهت المدّة ، فإن أمكن قلعها من دون ضرر أخذها ، وإلاّ كان له أخذها بعد تدارك الضرر سواء وضعها بإذن المؤجّر أو بدونه .

ويلحق بهذا ما يحدثه المستأجر في المأجور من غرس أو بناء أو شبه ذلك .

الرابع : الآلات الخارجة عن العين اللازمة عرفاً وعادةً لاستيفاء المنفعة منها ، كالسرج والرحل واللجام وأمثالها للدابّة ، والمفتاح والقفل للدار والحانوت ، وكثير من نظائرها .

فالمتّبع في ذلك عرف البلد وعادة قوم المتعاملين ، فإن اختلفوا أو لم يكن هناك عرف ولا عادة فهي على المستأجر ، إلاّ مع الشرط .

ومن هذا القبيل : آلات الحياكة والخياطة والكتابة وما على هذا المثال من الصنائع والأعمال حتّى في مثل : الخيوط والأصباغ والبنود ونحوها .

ثمّ إنّ في كلّ مورد وجب على المؤجّر الصرف والإنفاق ولم يفعل ولم يقتدر الحاكم على إلزامه أو لم يكن حاكم ، فللمؤجّر أن يفسخ عقد الإجارة ويستردّ الأُجرة ، إلاّ إذا كان قد رآها واستأجرها بذلك الحال ولم يطلب بادِئ

بدء إصلاحها ، فلو أصلحها المستأجر حين لا حقّ له على المؤجّر كان تبرّعاً منه ، ولا حقّ له بالرجوع عليه بها .

هذا كلّ ما ينبغي أن يقال في هذه الناحية من الإجارة ، ومنه تعلم ما يوافق (المجلّة) منها وما يخالفها ، ففي :

(مادّة : ٥٣١) لو أحدث المستأجر بناءً في العقار المأجور أو غرس شجرة فالآجر مخيّر ـ عند انقضاء مدّة الإجارة ـ إن شاء قلع البناء والشجرة ، وإن شاء أبقاهما وأعطى قيمتها قليلة كانت أو كثيرة [1] .

بل المستأجر لا الآجر مخيّر أن يقلع أو يبقيهما للآجر ، فتكون ملكاً له مع أرضه ، وهو واضح .

---

(١) تقدّمت الإشارة إلىٰ نصّ هذه المادّة في درر الحكّام .

وكذلك هي بالنصّ بعينه ـ كما ورد في درر الحكّام ـ في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٢٩٠ .

راجع المصادر المتقدّمة في الهامش السابق ، وكذلك : المجموع ١٥ : ٦٩ و ٧١ ، تبيين الحقائق ٥ : ١١٤ ، اللباب ٢ : ٨٩ ـ ٩٠ .

الفصل الثاني

في إجارة العروض

(مادّة : ٥٣٤) يجوز إجارة الألبسة والأسلحة والخيام وأمثالها من المنقولات لمدّة معلومة مقابل بدل معلوم [١] .

إجارة كليّة أو شخصية ، مقيّدة أو مطلقة ، مضافة أو منجّزة .

(مادّة : ٥٣٥) لو استأجر ثياباً على أن يذهب بها إلى محلٍّ ، ثمّ لم يذهب ولبسها في بيته ، أو لم يلبسها ، يلزمه أُجرتها [٢] .

لا يختصّ هذا بالمنقولات ، بل كلّ مأجور إذا سلّمه المؤجّر للمستأجر لزمته الأُجرة سواء استوفى منفعته أو عطّلها .

---

(١) ورد : (إلىٰ مدّة) بدل : (لمدّة) ، و : (بمقابلة) بدل : (مقابل) في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٢٩١ .

وورد : (إلىٰ مدّة معلومة في مقابل) بدل : (لمدّة معلومة مقابل) في درر الحكّام ١ : ٥٢٧ .

قارن مجمع الأنهر ٢ : ٣٦٨ .

(٢) وردت زيادة كلمة : (أحد) بعد كلمة : (استأجر) ، وزيادة كلمة : (إعطاء) بعد كلمة : (يلزمه) في درر الحكّام ١ : ٥٢٨ .

ووردت المادّة في شرح المجلّة لسليم اللبناني (١ : ٢٩٢) بالصيغة التالية :

(لو استأجر واحد ثياباً علىٰ أن يذهب بها إلىٰ محلٍّ فلم يذهب لزمته أُجرتها سواء لبسها في بيته أو لم يلبسها) .

انظر : الهداية للمرغيناني ٣ : ٢٣٢ ، مجمع الأنهر ٢ : ٣٧١ .

فلو استلم الدار أو الدابّة ولم يركب ولم يسكن ، أو [حبس] الإنسان المستأجر ولم يستعمله ، لزمته الأُجرة في الجميع .

كما أنّ :

(مادّة : ٥٣٦) من استأجر ثياباً على أن يلبسها بنفسه فليس له أن يلبسها غيره [١] .

لا تختصّ بالثياب ، بل يطّرد ذلك في كلّ إجارة شخصية مقيّدة بالمباشرة .

إنّما الإشكال المعضل في المقام : ما لو استوفى المنفعة غير المستأجر الخاصّ ، فهل يستحقّ المؤجّر أُجرة المثل مع أُجرة المسمّى ـ بناءً على إمكان منفعتين متضادتين في وقت واحد ، كما مال إليه أو قال به السيّد الأُستاذ في عروته في نظائر المقام [٢] ـ أو عدم الإمكان ، فتبطل الإجارة ، ويستحقّ بدل المثل على من استوفى المنفعة ؛ لفوات المحلّ ، كما هو الأقوى عندنا ؛ لاستحالة أن يكون للشيء الواحد منفعتان متضادتان في وقت واحد ، فلو استأجر دابّة لإدارة الرحى يوم الجمعة فركبها إلى بغداد لا يعقل أن يكون لتلك الدابّة تلك المنفعتان ، ويستوفي المالك أُجرتين : المسمّى وأُجرة المثل ، بل المعقول بطلان أُجرة إدارة الرحى المسمّاة ، ويستحقّ أُجرة المثل ، أمّا استحقاقهما معاً فبأيّ وجه يكون ؟!

ويلحق بهذا فروع كثيرة من هذا القبيل ، مثل : ما لو استأجر دابّة لركوبه بنفسه فآجرها من غيره ، فعلى الأوّل يستحقّ المالك الأُجرتين : الأُولى وهي

---

(١) لاحظ : الهداية للمرغيناني ٣ : ٢٣٦ ، مجمع الأنهر ٢ : ٣٧٧ .

(٢) العروة الوثقىٰ ٢ : ٣٨٥ ـ ٣٨٦ .

المسمّاة ، والثانية أُجرة المثل من المستأجر الثاني .

وعلى ما اخترناه تبطل الأُولى ؛ للتفويت ، ويستوفي من الثاني أُجرة المثل أو أكثر الأمرين منها ومن المسمّاة ، ونظائر هذا كثيرة .

وعكس هذا النوع ـ أعني : ما تسقط فيه كلا الأُجرتين ـ : [ما] لو استأجره على خياطة ثوبه في ساعة معيّنة أو يوم معيّن ، فاشتغل ذلك اليوم بعينه ببناء دار المستأجر أو نحوها مع علمه ، فإنّه لا يستحقّ أُجرة الخياطة ؛ لعدم الإتيان بها ، ولا أُجرة البناء ؛ لأنّه متبرّع لم يؤجّر عليها . فتدبّر هذه الفرائد واغتنمها .

الفصل الثالث

في إجارة الدوابّ

عرفت أنّ التعيين في الإجارة شرط ركني [1] ، فإذا آجرك الدابّة فلا بد من تعيين الدابّة والمحلّ والزمان والأُجرة .

ومن هذا يظهر التسامح في :

(مادّة : ٥٣٨) كما يصحّ استكراء دابّة معيّنة ، يصحّ الاشتراط على المكاري الإيصال إلى محلٍّ معيّن [2] .

فإنّ استكراء الدابّة المعيّنة لا بدّ معه من تعيين المحلّ ، وبدونه فالإجارة باطلة .

(مادّة : ٥٣٩) لو استؤجرت دابّة معيّنة إلى محلٍّ معيّن وتعيّب في الطريق ، فالمستأجر يكون مخيّراً ، إمّا بانتظارها حتّى تستريح ، أو نقض الإجارة ودفع أُجرة ما مضى من المسافة من المسمّى بالنسبة [3] .

---

(١) وذلك في ص ٢٥ و ٥٢ و ٦٥ و ٩٠.

(٢) وردت زيادة لفظة : (كذلك) بعد كلمة : (معيّنة) في : شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٢٩٣ ، درر الحكّام ١ : ٥٣١ .

لاحظ : الهداية للمرغيناني ٣ : ٢٣٢ ، مجمع الأنهر ٢ : ٣٧٠ ، الفتاوىٰ الهندية ٤ : ٤٨٧ .

(٣) وردت المادّة في درر الحكّام (١ : ٥٣١) بلفظ :

←

ولا يجري فيه :

(مادّة : ٥٤٠) لو اشترط حمل معيّن إلى محلٍّ معيّن وتعبت الدابّة في الطريق ، فالمكاري مجبور على تحميله على دابّة أُخرى وإيصاله إلى ذلك المحلّ [1] .

لأنّ الدابّة هنا غير شخصية ، فله أن يحمله على أيّ دابّة شاء ، بل له أنّ يحمله على أيّ مركوب آخر من (عربة) أو (سيارة) أو غيرهما .

(مادّة : ٥٤١) لا يجوز استئجار دابّة من دون تعيين ، ولكن إن عيّنت بعد العقد وقبل المستأجر يجوز .

وأيضاً لو استؤجرت دابّة من نوع على ما هو المعتاد بلا تعيين يجوز ، ويصرف على المتعارف المطلق .

مثلاً : لو استؤجرت دابّة من المكاري إلى محلٍّ معلوم على ما هو المعتاد بلا تعيين ، يلزم المكاري إيصال المستأجر على دابّة إلى ذلك

← (لو استأجر دابّة معيّنة إلىٰ محلٍّ معيّن وتعبت في الطريق ، فالمستأجر يكون مخيّراً ، إن شاء انتظرها حتّىٰ تستريح ، وإن شاء نقض الإجارة .

وبهذه الحال يلزم المستأجر أن يعطي حصّة ما أصاب تلك المسافة من الأجر المسمّىٰ للآجر) .

ووردت بأدنىٰ تفاوت في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٢٩٣ .

انظر الفتاوىٰ الهندية ٤ : ٤٨٨ .

(١) وردت المادّة بزيادة كلمة : (إيصال) بعد كلمة : (اشترط) في درر الحكّام ١ : ٥٣٢ .

وفي شرح المجلّة لسليم اللبناني (١ : ٢٩٤) وردت المادّة بهذه الزيادة ، وبإيراد : (لزم المكاري) بدل : (فالمكاري مجبور علىٰ) .

وللمقارنة انظر المصدر السابق .

المحلّ على الوجه المعتاد [١] .

قد تكرّر منّا بيان أنّ الإجارة بدون التعيين باطلة ، والتراضي بعد العقد على دابّة معيّنة لا يجعلها مرتبطة بالعقد ، بل هو تراض مستقلّ لنفسه ، ويكون كإباحة ومعاطاة .

نعم ، لو كان هناك انصراف أو عرف أو عادة قام مقام التعيين وصحّ العقد ، كما ذكر في ذيل هذه المادّة .

(مادّة : ٥٤٢) لا يكفي في الإجارة تعيين اسم الخطّة والمسافة ، إلاّ أن يكون اسم الخطّة علماً متعارفاً لبلدة .

مثلاً : لو استؤجرت دابّة إلى العراق لا يصحّ أن يلزم تعيين البلدة ، ولكن لفظ الشام وإن كان اسم قطعة تعورف إطلاقه على بلدة دمشق ... الخ [٢] .

---

(١) لم ترد : (بلا تعيين) الثانية ، وورد : (بدابّة) بدل : (علىٰ دابّة) في درر الحكّام ١ : ٥٣٣ .

وورد : (أيضاً فإنّه يجوز ، ولو) بدل : (يجوز ، وأيضاً لو) ، و : (برذون من المكاري) بدل : (دابّة من المكاري) ، وكذلك وردت التغييرات المذكورة أعلاه في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٢٩٤ .

راجع : الهداية للمرغيناني ٣ : ٢٣٢ ، مجمع الأنهر ٢ : ٣٧٠ ، الفتاوىٰ الهندية ٤ : ٤٤٠ و ٤٨٧ .

(٢) وردت المادّة بالصيغة التالية في درر الحكّام (١ : ٥٣٣) :

(لا يكفي في الإجارة تعيين اسم الخطّة والمسافة فقط ، إلاّ أن يكون اسم الخطّة علماً متعارفاً لبلدة .

مثلاً : لو استؤجرت دابّة إلىٰ البوسنة أو إلىٰ العراق لا يصحّ ؛ إذ يلزم تعيين البلدة أو القصبة أو القرية التي يذهب إليها .

←

تعيين اسم المسافة يكفي على نحو الكلّية ، فيجعلها في أيّ جهة شاء ، وعلى نحو الشخصية ، فيعيّنها في جهة مخصوصة .

فلو استؤجرت الدابّة ليسير عليها مائة فرسخ فله أن يسير بها من الشام إلى العراق وإلى أيّ بلدة يريد من العراق .

(مادّة : ٥٤٣) لو استؤجرت دابّة إلى مكان وكان يطلق على بلدتين فأيّهما قصدت يلزم أُجرة المثل [١] .

إذا قصد أحديهما وعيّنه صحّ وتعيّن المسمّى ، وإلاّ فسدت الإجارة ، وتعيّن بدل المثل لو استوفى المنفعة .

(مادّة : ٥٤٤) لو استكريت دابّة إلى بلدة يلزم إيصال مستأجرها إلى داره [٢] .

← ولكن لفظ الشام مع كونه اسم قطعة قد تعورف إطلاقه على بلدة دمشق ، فلهذا لو استؤجرت دابّة إلى الشام صحّ) .

قارن الفتاوىٰ الهندية ٤ : ٤٤٠ .

(١) وردت المادّة في شرح المجلّة لسليم اللبناني (١ : ٢٩٥) بالصيغة الآتية :

(لو استؤجرت دابّة إلىٰ مكان وكان يطلق اسمه علىٰ بلدتين فأيّتهما قصدت يلزم أجر المثل .
مثلاً : لو استكريت دابّة من إسلامبول إلىٰ جكمجة ولم يصرّح هل إلىٰ كبيرها أو صغيرها فأيّتهما قصدت يلزم أجر المثل بنسبة مسافتها) .

لاحظ الفتاوىٰ الهندية ٤ : ٤٨٨ .

(٢) وردت المادّة نصّاً في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٢٩٥ .

ووردت في درر الحكّام (١ : ٥٣٤) بالصيغة التالية :

(لو استكريت دابّة إلىٰ بلدة للركوب أو الحمل يلزم استحساناً إركاب المسافر أو تحميل الحمل ←

هذا غير لازم أصلاً ، بل اللازم اتّباع عرف البلد وتواضعهم ، فإن اختلف فلا بدّ من التعيين في متن العقد ، فإن لم يعيّن فلا حقّ في الإيصال إلى الدار ، بل إلى طرف البلد ويدخلها .

(مادّة : ٥٤٥) من استكرى دابّة إلى محلٍّ معيّن فليس للمستأجر أن يذهب بتلك الدابّة إلى محلٍّ آخر ، فإن تلفت الدابّة يضمن [(١)] .

الضمان هنا بقاعدة اليد بعد خروجه عن الأمانة ، فإن تلفت ضمن العين والمنافع من حين التجاوز إلى حين التلف ، خلافاً للحنفية القائلين بأنّ :

← **من داره وإيصاله إلىٰ المنزل أو الدار التي يريد النزول فيها في البلد المقصود)** .
انظر الفتاوىٰ الهندية ٤ : ٤٨٩ .

(١) وردت المادّة في شرح المجلّة لسليم اللبناني (١ : ٢٩٥) بالصيغة الآتية :
(من استكرىٰ دابّة إلىٰ محلٍّ معيّن فليس له تجاوز ذلك المحلّ بدون إذن المكاري .
فإذا تجاوزه فالدابّة في ضمان المستأجر إلىٰ أن يسلّمها سالمة ، وإن تلفت في ذهابه وإيّابه يضمن) .
ووردت بنفس هذه الألفاظ ، ولكن بتغيير : (يضمن) إلىٰ : (يلزم الضمان) في درر الحكّام ١ : ٥٣٤ ـ ٥٣٥ .
وقال ابن رشد القرطبي معلّقاً علىٰ المسألة : (قال الشافعي وأحمد : عليه الكراء الذي التزمه إلىٰ المسافة المشترطة ومثل كراء المسافة التي تعدّىٰ فيها .
وقال مالك : ربّ الدابّة بالخيار في أن يأخذ كراء دابته في المسافة التي تعدّىٰ فيها أو يضمن له قيمة الدابّة .
وقال أبو حنيفة : لا كراء عليه في المسافة المتعدّاة ، ولا خلاف أنّها إذا تلفت في المسافة المتعدّاة أنّه ضامن لها . . .
والأقرب إلىٰ الأُصول في هذه المسألة هو قول الشافعي) . (بداية المجتهد ٢ : ٢٣١) .
ولاحظ : المبسوط للسرخسي ١٥ : ١٧٢ ، المجموع ١٥ : ٩٤ و٩٧ و٩٨ ، تبيين الحقائق ٥ : ١١٩ ، الفتاوىٰ الهندية ٤ : ٤٩٣ .

(الأجر والضمان لا يجتمعان) [١] بل عندنا يضمن المنافع مطلقاً تلفت العين أم لا [٢] .

وهذه المادّة تغني عن جملة من المواد التي بعدها ، مثل :

(مادّة : ٥٤٧) لو استؤجر حيوان إلى محلٍّ معيّن وكانت طرقه متعدّدة فللمستأجر أن يذهب بأيّ طريق شاء من الطرق التي يسلكها الناس .

ولو ذهب من غير الطريق الذي عيّنه صاحب الدابّة وتلفت ، فإن كان أصعب من الطريق الذي عيّنه ضمن ، وإن كان مساوياً أو أسهل فلا [٣] .

بل الصحيح أنّه يضمن بالتجاوز مطلقاً ، ولا مستند لما ذكروه سوى الاستحسان والاعتبار الذي يذهب جفاءً أمام القاعدة والدليل .

ومثل :

(مادّة : ٥٤٨) ليس للمستأجر استعمال دابّة أزيد من المدّة التي استأجرها ، وإن استعملها وتلفت في يده يضمن [٤] .

---

(١) قد تقدّمت الإشارة إلىٰ مصادر هذه المسألة ، وانظر كذلك : الأصل للشيباني ٣ : ٣٩ ، تبيين الحقائق ٥ : ١١٨ ، كشّاف القناع ٤ : ١١١ .

(٢) قارن : الخلاف ٣ : ٤٠٢ ، الجواهر ٣٧ : ٧٣ و ١٦٦ ـ ١٦٧ .

(٣) ورد : (ذهب المستأجر) بدل : (ذهب) ، و : (طريقه غير الذي عيّنه) بدل : (غير الطريق الذي عيّنه) ، و : (يلزم الضمان) بدل : (يضمن) في : شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٢٩٦ ، درر الحكّام ١ : ٥٣٧ .

لاحظ : تبيين الحقائق ٥ : ١١٩ ، الفتاوىٰ الهندية ٤ : ٤٩٣ ـ ٤٩٤ .

(٤) ورد : (عيّنها) بدل : (استأجرها) في درر الحكّام ١ : ٥٣٨ .

←

فإنّها تكرار محض لما سبق .

وهكذا :

(مادّة : ٥٤٩ و ٥٥٠ و ٥٥١ و ٥٥٢)[١] .

فإنّ الجميع فضول وتكرار بلا فائدة ، يلزم درجها جميعاً في مادّة أو مادّتين عند التحرير .

(مادّة : ٥٥٣) لو استكرى دابّة للركوب من دون تعيين من يركبها ولا التعميم على أن يركبها من شاء تفسد الإجارة .

← وورد : (عيّنها المؤجّر) بدل : (استأجرها) ، و : (ضمن) بدل : (يضمن) في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٢٩٦ .

راجع الفتاوىٰ الهندية ٤ : ٤٨٩ و ٤٩٠ .

(١) نصوص هذه المواد ـ علىٰ ما في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٢٩٦ و ٢٩٧ ـ كما يلي :

نصّ (مادّة : ٥٤٩) : (**كما يصحّ استكراء دابّة علىٰ أن يركبها فلان ، كذلك يصحّ استكراء دابّة علىٰ أن يُركبها المستأجر من شاء علىٰ التعميم أيضاً**) .

ونصّ (مادّة : ٥٥٠) : (**الدابّة التي استكريت للركوب لا تُحمّل ، وإن حُمّلت وتلفت يلزم الضمان ، وبهذه الحال لا تلزم الأُجرة . انظر المادّة ٨٦**) .

ونصّ (مادّة : ٥٥١) : (**الدابّة التي استكريت علىٰ أن يركبها فلان لا يجوز إركابها لغيره ، فإن فعل وتلفت يلزم الضمان**) .

ونصّ (مادّة : ٥٥٢) : (**من استأجر دابّة على أن يركبها من شاء ، فإن شاء ركبها بنفسه وإن شاء أركبها غيره ، ولكن إن ركبها هو أو أركبها غيره تعيّن المراد بركوبه وتخصّص ، فلا يصحّ بعد ذلك إركاب آخر**) .

ولا حاجة للتعليق عليها بالمصادر ؛ لقول المؤلّف رحمه الله : (فإنّ الجميع فضول وتكرار بلا فائدة ، يلزم درجها جميعاً في مادّة أو مادّتين عند التحرير) .

كما أنّه قد تقدّمت هذه المواد سابقاً ضمن مواد أُخر ، فلاحظ .

ولكن لو عيّن وبيّن قبل الفسخ تنقلب إلى الصحّة ، ولا يركب على تلك الدابّة غير من تعيّن [١] .

هذه المادّة متهافتة متدافعة من جميع نواحيها ؛ فإنّ الإجارة إذا كانت فاسدة فما معنى الفسخ ؟!

ثمّ كيف ينقلب الفاسد صحيحاً ، والشيء لا ينقلب عمّا وقع عليه ؟!

والتحقيق : أنّ الإجارة المزبورة ـ أي : الخالية من التعيين والتعميم ـ صحيحة ، وهي على حدّ سائر الإجارات الكلّية ، فإنّه يستأجر الدار والدابّة شهراً معيّناً ليستوفي تمام منافعها ، أي : يملك كلّ منفعة يمكن استيفاؤها من تلك الدار أو الدابّة بأيّ نحوٍ ، إمّا بنفسه أو بإيجارها لغيره أو غير ذلك .

كلّ هذا جائز وصحيح ، وهذا هو مفاد كلّ إجارة مطلقة .

فإذا أرادا غير ذلك وجب التعيين ، وإذا لم يعيّنا فليس معناه أنّها فاسدة ، بل تكون مطلقة عامّة إن لم يكن عرف خاصٌّ ينصرف إليه الإطلاق ، كما في :

(مادّة : ٥٥٤) و (مادّة : ٥٥٥) [٢] .

---

(١) وردت زيادة كلمة : (أحد) بعد كلمة : (استكرىٰ) ، ووردت عبارة : (**وعلىٰ هذه الصورة أيضاً لا يركب غير من تعيّن علىٰ تلك الدابّة**) بدل : (**ولا يركب علىٰ تلك الدابّة غير من تعيّن**) في : شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٢٩٨ ، درر الحكّام ١ : ٥٤٣ .
قارن : المهذّب للشيرازي ١ : ٤٠٣ ، الفتاوىٰ الهندية ٤ : ٤٨٧ .

(٢) نصّ هاتين المادّتين ـ علىٰ ما في درر الحكّام ١ : ٥٤٤ ـ كما يلي :
نصّ (مادّة : ٥٥٤) : (**لو استكريت دابّة للحمل يعتبر في الإكاف والحبل والعدل عرف البلدة**) .

←

وكلّه واضح .

(مادّة : ٥٥٦) ليس للمستأجر ضرب دابّة الكراء من دون إذن صاحبها ، ولو ضربها وتلفت يضمن [١] .

بل له أن يضربها علىٰ المتعارف وإن لم يأذن صاحبها .

(مادّة : ٥٥٧) لو أذن صاحب دابّة الكراء بضربها فليس للمستأجر إلاّ الضرب على الموضع المعتاد .

مثلاً : لو كان المعتاد ضربها على عرفها فضربها على رأسها وتلفت يلزم الضمان [٢] .

← ونصّ (مادّة : ٥٥٥) : (**لو استكريت دابّة من دون بيان مقدار الحمل ولا التعيين بإشارة يحمل مقداره علىٰ العرف والعادة**) .

لاحظ : المبسوط للسرخسي ١٥ : ١٦٥ ، المغني ٦ : ٥٧ و٥٨ ، تبيين الحقائق ٥ : ١١٣ ، كشّاف القناع ٣ : ٥٤٧ و ٥٥٠ ، حاشية الرشيدي علىٰ نهاية المحتاج ٥ : ٢٨٦ ، الشرح الصغير للدردير ٤ : ٦٤ ، الفتاوىٰ الهندية ٤ : ٤٩٢ ـ ٤٩٣ .

(١) ورد : (وتلفت بسببه ضمن) بدل : (وتلفت يضمن) في : شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٣٠٠ ، درر الحكّام ١ : ٥٤٥ .

راجع : المبسوط للسرخسي ١٥ : ١٧٤ ، تبيين الحقائق ٥ : ١١٨ ، حاشية الشلبي علىٰ تبيين الحقائق ٥ : ١١٨ .

(٢) وردت المادّة نصّاً في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٣٠٠ .

ووردت عبارة : (**وإن ضربها علىٰ غير الموضع المعتاد ـ مثلاً ـ لو . . .**) بدل عبارة : (**مثلاً : لو كان المعتاد . . .**) في درر الحكّام ١ : ٥٤٥ .

إذا كان ضرب الدابّة خارجاً عن العادة لزم المكتري الضمان ، كما هو قول الشافعي ومالك وأحمد وإسحاق وأبي ثور ومحمّد بن الحسن الشيباني وأبي يوسف دون أبي حنيفة والثوري حيث ذهبا ←

إذا استند التلف إلى الضرب المزبور ولم يكن مأذوناً به بخصوصه [فالضمان] ، أمّا لو استند إلى سبب آخر أو لم يعلم السبب أو كان مأذوناً به فلا ضمان .

(مادّة : ٥٥٨) **يصحّ الركوب على دابّة استكريت للحمل** [١] .

لعلّ وجه ذلك عندهم أنّ الركوب أخفّ من الحمل ، وهو استحسان ممنوع صغرىً وكبرىً .

والأصحّ أنّه مع التقييد بالحمل فقط لا يجوز له الركوب ، ولو ركب فتلفت ضمن ، وإجارة الحمل بطلت ، وعليه أُجرة المثل للركوب .

ومن هذا القبيل من الاستحسان غير الحسن :

(مادّة : ٥٥٩) **لو استكريت دابّة عيّن نوع حملها ومقداره يصحّ تحميلها حملاً مماثلاً له أو أهون منه في المضرّة ، ولكن لا يصحّ تحميل شيء أزيد في المضرّة .**

مثلاً : من استكرى دابّة على أن يحمّلها خمسة أكيال حنطة ، كما يصحّ له أن يحمّلها من ماله أو مال غيره أيّ نوع كان خمسة أكيال حنطة ،

← إلىٰ : الضمان في الحالين .

راجع : المبسوط للسرخسي ١٥ : ١٧٤ ، المجموع ١٥ : ٥٤ ـ ٥٥ و١١٨ ، مغني المحتاج ٢ : ٣٥٣ ، تبيين الحقائق ٥ : ١١٨ ، حاشية الشلبي علىٰ تبيين الحقائق ٥ : ١١٨ ، نهاية المحتاج ٥ : ٣١٤ ، الفتاوىٰ الهندية ٤ : ٤٩٣ ، حاشية ردّ المحتار ٦ : ٣٩ ، اللباب ٢ : ٩٢ .

(١) قارن : تبيين الحقائق ٥ : ١١٥ ، الفتاوىٰ الهندية ٤ : ٤٨٧ و٤٩٠ ، حاشية ردّ المحتار ٦ : ٣٤ .

كذلك يجوز أن يحمّلها خمسة أكيال شعير ، ولكن لا يجوز العكس (١) .

يعني : لأنّ الحنطة أصلب من الشعير .

ويتّضح بالمثال الثاني من (المجلّة) :

كما لا يصحّ أن تحمل مائة أُوقية (٢) حديد دابّة استكريت على أن تحمل مائة أُوقية قطن .

---

(١) ورد : (حملاً آخر) بدل : (حملاً) ، ووردت عبارة : (**لا يجوز تحميل خمسة أكيال حنطة دابّة استكريت علىٰ أن تحمل خمسة أكيال شعير ، كما لا يصحّ أن تحمل مائة أقّة حديد دابّة استكريت علىٰ أن تحمل مائة أوقية قطن**) بدل عبارة : (**لا يجوز العكس**) في درر الحكّام ١ : ٥٤٦ .

ووردت المادّة في شرح المجلّة لسليم اللبناني (١ : ٣٠١) بالصيغة التالية :

(**لو استكريت دابّة عيّن نوع حملها ومقداره ، فكما يصحّ تحميلها من ذلك النوع ، فإنّه يجوز أيضاً تحميلها حملاً من نوع آخر مماثلاً له أو أهون منه في المضرّة أيضاً ، ولكن لا يصحّ تحميل شيء أكثر ضرراً .**

مثلاً : لو استكرىٰ دابّة ليحمّلها خمسة أكيال حنطة ، كما يصحّ له أن يحمّلها من ماله أو مال غيره خمسة أكيال حنطة من أيّ نوع كان ، كذلك يجوز له أن يحمّلها خمسة أكيال شعير .

ولكن لو استكريت دابّة لتحمل خمسة أكيال شعير فلا يجوز تحميلها خمسة أكيال حنطة .

كما لا يصحّ تحميل الدابّة مائة أقّة حديد إذا استكريت لتحمل مائة أقّة قطن) .

لاحظ : تبيين الحقائق ٥ : ١١٦ ، نهاية المحتاج ٥ : ٣١٣ ، الفتاوىٰ الهندية ٤ : ٤٩٠ ، حاشية ردّ المحتار ٦ : ٣٦ .

(٢) قال الجوهري : (الأُوقيّة في الحديث : أربعون درهماً ، وكذلك كان في ما مضىٰ ، فأمّا اليوم في ما يتعارفها الناس ويقدّر عليه الأطباء فالأُوقية عندهم وزن عشرة دراهم وخمسة أسباع درهم) .
(الصحاح ٦ : ٢٥٢٨) .

وقال ابن الأثير : (. . . وفي بعض الروايات وقيّة بغير ألف ، وهي لغة عامّية) .
(النهاية الأثيرية ٥ : ٢١٧) .

فإنّ ثقل كلّ واحد منهما وإن كان واحداً ، ولكن ثقل الحديد يجتمع على رقعة صغيرة من ظهرها ، فيهدّه ويبهضه [١] بخلاف القطن ، فإنّه ينتشر على ظهرها ، فيهون ولا يؤذيها .

فإنّك قد عرفت عدم جواز التجاوز عن نصّ موضوع العقد ، فإنّ هذه الطريقة تجعل العقد واهياً ، وتوجب الفوضى في العقود التي ما شرّعت إلاّ للضبط والإتقان بما لا يبقى معه مجال للتلاعب والتحوير حسب تبدّل الأهواء والأغراض .

هذا مضافاً إلى ما أنبأناك عنه غير مرّة من أنّ القصود تختلف أشدّ الاختلاف ، فقد يكون قصد صاحب الدابّة ـ أي : المؤجّر ـ تحميلها الأثقل كالحديد ليروّضها ، ولا يرضى بوزنه من القطن ؛ لأنّه خلاف غرضه .

ومثل هذه المأجريات عند الناس لا تحرز بالقياس ولا تدرك بالاستحسان ، فالجمود على نصّ العقود هو المتعيّن ، وإلاّ بطلت الفائدة وضاع الغرض المهمّ ، فتدبّر هذا واغتنمه .

(مادّة : ٥٦٠) وضع الحمل على الدابّة على المكاري [٢] .

لأنّ المتعارف في بلادنا ذلك ، وقد يتعارف في بلاد خلافه ، فيكون هو المتّبع .

---

(١) البهض : ما شقّ عليك . (تاج العروس ١٨ : ٢٥٠) .

(٢) ورد : (عن الدابّة) بدل : (على الدابّة) في : شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٣٠٢ ، درر الحكّام ١ : ٥٥٠ .

لاحظ : المهذّب للشيرازي ١ : ٤٠١ ، الفتاوىٰ الهندية ٤ : ٤٥٦ .

(مادّة : ٥٦١) نفقة المأجور على الآجر [١] .

وقد تقدّم قريباً توضيح هذا الموضوع وحكمه وأنّ المؤجّر إذا لم يدفع نفقة الدابّة ولا أذن بها للمستأجر ـ أي : لو استأذنه فلم يأذن ـ يجبره حاكم الشرع ، فإن لم يمكن ولم يحصل الغرض ينفق المستأجر ويرجع بها على المؤجّر ، وله حبس العين بعد المدّة حتى يأخذ حقّه [٢] .

نعم ، لو أنفق متبرّعاً فلا معنى للرجوع حينئذٍ .

ومن هذا يظهر الخلل في بقية هذه المادّة :

و لكن لو أعطى المستأجر علف الدابّة بدون إذن صاحبها تبرّعاً ليس له أخذ ثمنه من صاحبها بعد .

---

(١) للمادّة تكملة ـ كما سيأتي من المصنّف ﷺ ذكر ذلك عمّا قريب ـ وتكملتها ـ علىٰ ما في درر الحكّام ١ : ٥٥٠ ـ هي :

(مثلاً : علف الدابّة التي استكريت وسقيها علىٰ صاحبها ، ولكن لو أعطىٰ المستأجر علف الدابّة بدون إذن صاحبها تبرّعاً فليس له أخذ ثمنه من صاحبها بعد) .

راجع : المهذّب للشيرازي ١ : ٤٠١ ، الفتاوىٰ الهندية ٤ : ٤٥٥ .

(٢) تقدّم ذلك في ص ١٣٠ و ١٣١ ـ ١٣٢ .

الفصل الرابع

في إجارة الآدمي

(مادّة : ٥٦٢) يجوز إجارة الآدمي للخدمة أو لإجراء صنعة ببيان مدّة أو بتعيين العمل بصورة أُخرى[١] .

هذا البيان غير كافٍ ولا شافٍ ، وتحرير هذا البحث : أنّ إجارة الإنسان حرّاً أو عبداً إمّا أن تقع على الخدمة ، وبعبارة أجلى : يستأجره على أن تكون كلّ منافعه له ، فيستعمله في كلّ ما يريد من حوائجه ولا محيص في مثل هذه الإجارة من تعيينها بالمدّة سنة معيّنة أو شهراً معيّناً منجّزة أو مضافة .

---

(١) للمادّة تكملة ، وتكملتها ـ على ما في : شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٣٠٢ ، درر الحكّام ١ : ٥٥٢ ـ هي :

(كما بُيّن في الفصل الثالث من الباب الثاني) .

ويرى الحنفيّة والشافعيّة والحنابلة على رواية عندهم : أنّه لا يجوز الجمع بين التعيين بالعمل والمدّة ، فإذا حصل الجمع فسد العقد ؛ إذ العقد على المدّة يقتضي وجوب الأجر من غير عمل ؛ إذ يُعدّ أجيراً خاصّاً ، وببيان العمل يصير أجيراً مشتركاً ويرتبط الأجر بالعمل .

أمّا الرواية الأُخرى عند الحنابلة وهو الذي ذهب إليه صاحبا أبي حنيفة والمالكيّة : أنّه يجوز الجمع بين التعيين بالعمل والمدّة ؛ لأنّ المقصود في العقد هو العمل ، وذكر المدّة إنّما جاء للتعجيل .

قارن : المهذّب للشيرازي ١ : ٣٩٦ ، الهداية للمرغيناني ٣ : ٢٣١ ـ ٢٣٢ ، المغني ٦ : ٨ ـ ٩ و٣٣ ، المحرّر في الفقه ١ : ٣٥٦ ، شرح منتهى الإرادات ٢ : ٣٦٥ ، حاشية القليوبي على شرح المنهاج ٣ : ٧٤ ، الفتاوى الهندية ٤ : ٤٢٣ ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٤ : ١٢ .

وإمّا أن تقع على عمل معيّن مخصوص من كتابة أو خياطة أو حياكة ، فلا بدّ هنا من تحديد العمل ومحلّ العمل ، أي : ما يعمل فيه من خياطة ثوب أو (جبّة) أو غير ذلك .

أمّا الزمان فإن عيّنه تعيّن ، وإن أطلق انصرف إلى المتعارف ، وإن لم يكن فاللازم أن يعمله بعد العقد بلا فصل ، ويكون له الاشتغال بمقدار ما يقدّر له أهل الصنعة . مثلاً : صياغة القلادة في أُسبوع ، وصياغة الخاتم في يوم ، وهكذا.

فإن لم ينضبط بذلك بطل كونه إجارة وصحّ جعالة بالمسمّى ، فإن لم يكن جعالة استحقّ لو عمل أُجرة المثل ، كما في :

(مادّة : ٥٦٣) لو خدم أحد آخر على طلبه من دون مقاولة أُجرة فله أُجرة المثل [١] .

لأنّه بعدم تعيين الأُجرة لم يقع إجارة ولا جعالة ، فله أُجرة المثل سواء كان ممّن يخدم بالأُجرة أو لا .

ولا وجه لتقييده بالأوّل ـ كما في (المجلّة) ـ فإنّ عمل المسلم محترم ، وهو غير متبرّع حسب الفرض .

---

(١) وردت المادّة بزيادة كلمة : (علىٰ) بعد كلمة : (مقاولة) ، وورد : (أجر المثل) بدل : (أُجرة المثل) ، ووردت كذلك زيادة بعد نهاية المادّة في المتن ، وهي : (**إن كان ممّن يخدم بالأُجرة ، وإلاّ فلا**) ، كلّ ذلك في درر الحكّام ١ : ٥٥٣ .

ووردت كذلك هذه الزيادة الأخيرة ، وبتغيير : (من دون مقاولة) إلىٰ : (بدون تعيين) في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٣٠٣ .

انظر : تبيين الحقائق ٥ : ١٢١ ، الفتاوىٰ الهندية ٤ : ٤١٢ .

نعم، لو خدم بغير طلب لم يكن له حقّ المطالبة بالأُجرة ؛ لأنّه متبرّع سواء كان كبيراً أو صغيراً، خلافاً لبعض من ألزم بها في الثاني دون الأوّل [١]، وهو تحكّم.

ولو اختلفا في الطلب فادّعاه الخادم وأنكره المخدوم حلف ولا حقّ، إلاّ إذا أقام الأوّل البيّنة، كما في نظائرها.

أمّا لو اعترف بالطلب وقال : قصدت أن تعمل لي متبرّعاً، وقال الآخر : أنا ما عملت بقصد التبرّع بل بقصد الأُجرة، يحلف ؛ لأنّه أعرف بقصده الذي عليه المدار، لا على قصد الطالب، ويأخذ الأُجرة.

ومن هذا القبيل :

(مادّة : ٥٦٤) لو قال أحد لآخر : اعمل هذا العمل أُكرمك، ولم يبيّن مقدار ما يكرمه به، فعمل العمل المأمور به استحقّ أجر المثل [٢].

لما عرفت من أنّه ليس إجارة ولا جعالة.

والضابطة العامّة : أنّ كلّ عمل متقوّم لشخص أو في مال شخص عن إذن منه فللعامل أُجرة المثل، إلاّ إذا كان إجارة أو جعالة فالمسمّى، وإن كان تبرّعاً فلا شيء.

---

(١) كشارح (المجلّة) الأُستاذ علي حيدر في درر الحكّام ١ : ٥٥٤.

(٢) ورد : (واحد) بدل : (أحد)، ووردت زيادة كلمة : (وأنا) قبل : (أُكرمك) في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٣٠٣.

ووردت هذه الزيادة كذلك في درر الحكّام ١ : ٥٥٤.

راجع : تبيين الحقائق ٥ : ١٢١، نهاية المحتاج ٥ : ٣٠٩.

ومنه :

(مادّة : ٥٦٥) لو استخدم العملة من دون تسمية أُجرة تعطى أُجرتهم إن كانت معلومة ، وإلاّ فأجر المثل [١] .

لأنّ الإطلاق مع المعلومية ينصرف إليها وإن كان لا يخلو من نظر .

ومعاملة من يماثلهم على هذا الوجه أيضاً .

(مادّة : ٥٦٦) لو عقدت الإجارة على أن يعطي للأجير شيئاً من القيميات لا على التعيين يلزم أجر المثل .

مثلاً : لو قال الآجر لآخر : إن خدمتني كذا أياماً أُعطيتك بقرتين ، لا يلزم البقر ؛ للجهالة ، ويلزم أُجرة المثل [٢] .

---

(١) ورد : (استخدمت) بدل : (استخدم) ، ووردت زيادة في آخر المادّة هي : (**ومعاملة الأصناف الذين يماثلون هؤلاء على هذا الوجه**) في درر الحكّام ١ : ٥٥٥ .
وورد كذلك التغيير الأوّل والزيادة ولكن بلفظ : (**والأصناف الذين يماثلونهم يعاملون على هذه الوجه**) في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٣٠٤ .
قارن حاشية ردّ المحتار ٦ : ٩ .

(٢) وردت المادّة في شرح المجلّة لسليم اللبناني (١ : ٣٠٤) بالصيغة التالية :
(**لو عقدت الإجارة على أن يعطي الأجير شيئاً من القيميات لا على التعيين يلزم أجر المثل .**
مثلاً : لو قال واحد لآخر : إن خدمتني كذا أياماً أُعطيك زوجاً واحداً من البقر ، ففعل الأجير ، فلا يستحقّ البقر ، بل أجر المثل .
ولكن يجوز استئجار الظئر بألبستها كما جرت العادة ، وإن لم توصف الألبسة ولم تعرف فتلزمه من الدرجة الوسطى) .
وجاء قريب من هذا ما في درر الحكّام ١ : ٥٥٧ .

←

ولا فرق بين هذا وبين استئجار الظئر ـ وهي : المرضعة ـ فلو استأجرها على أن يعمل لها ألبسة لا يصحّ ، إلاّ إذا وصف الألبسة بما يرفع جهالتها ، كما يصحّ في الفرع المتقدّم لو وصف البقرتين ، وإن لم توصف الألبسة ولم تعرف كانت باطلة ، ولو أرضعت ـ بهذه الصورة ـ كان لها أجر المثل .

وقول (المجلّة) : (**يلزم من الدرجة الوسطى**) لا وجه له .

ومن أقيسة إمام الحنفيّة أنّه قال : (يجوز استيجارها بألبسة مجهولة وعوض مجهول ؛ لأنّ محبّة الآباء الزائدة لأبنائهم تجعلهم يحنّون على الظئر ، فيعطونها أكثر ممّا تستحقّ ؛ لأنّ الإجارة لا تفسد للجهالة ، بل للجهالة الموجبة للنزاع ، والجهالة هنا لا توجب نزاعاً) [١] .

وهذا نظير ما يقولون : سبك مجاز بمجاز وغلط في غلط ! وهو ممنوع صغرىً وكبرىً ؛ فإنّ الآباء وإن كانوا يحبّون أولادهم ، ولكنّهم لا يجازفون بأموالهم ويتنازعون على ما هو أقل من ذلك ، والشارع قد منع من مطلق الجهالة حمايةً للحمى حتّى لا يصل الأمر إلى الجهالة الموجبة للنزاع ، فتدبّره جيّداً .

← لاحظ : المغني ٦ : ٦٨ و٧٣ ، تبيين الحقائق ٥ : ١٢١ ، كشّاف القناع ٣ : ٥٥١ و٥٥٥ ، حاشية الصاوي علىٰ الشرح الصغير ٤ : ٥٥ .

(١) هذا ما ذهب إليه إمام الحنفيّة استحساناً دون صاحبيه أخذاً بالقياس ، وهو مذهب الشافعي ومالك وأحمد ـ على رواية ـ وإسحاق وأبي ثور وابن المنذر .

راجع : المبسوط للسرخسي ١٥ : ١١٩ و١٦ : ٣٤ ، الهداية للمرغيناني ٣ : ٢٤١ ، بداية المجتهد ٢ : ٢٢٧ ، المغني ٦ : ٦٨ ـ ٦٩ ، فتح العزيز ١٢ : ٢٠٠ ، الواضح في شرح مختصر الخرقي ٣ : ١٢١ و ١٢٣ ، المجموع ١٥ : ٢٩ ـ ٣٠ ، تبيين الحقائق ٥ : ١٢٧ ، شرح العناية للبابرتي ٧ : ١٨٥ ، البحر الزخّار ٥ : ٤٧ ، إرشاد أُولي النهىٰ ٢ : ٨٢٠ ، الفتاوىٰ الهندية ٤ : ٤٣١ ، اللباب ٢ : ١٠١ .

(مادّة : ٥٦٧) العطية التي تعطى للخدمة من الخارج لا تحسب من الأُجرة [١] .

هذا واضح لا حاجة إلى بيانه ؛ لأنّها عطية للخادم ، لا للمخدوم وإن كانت على حسابه .

(مادّة : ٥٦٨) لو استؤجر أُستاذ لتعليم علم أو صنعة فإن ذكرت مدّة انعقدت الإجارة على المدّة ، والأُستاذ يستحقّ الأُجرة بكونه حاضراً أو مهيأً للتعليم قرأ التلميذ أو لم يقرأ ، وإن لم تذكر مدّة انعقدت فاسدة ، وعلى هذه الصورة إن قرأ التلميذ فالأُستاذ يستحقّ الأُجرة ، وإلاّ فلا [٢] .

يعني : يستحقّ أُجرة المثل على تعليمه .

وعلى هذا ، فاستئجار المعارف طائفة من المعلمين براتب شهري ـ وإن

---

(١) ورد : (أُعطيت) بدل : (تعطىٰ) في درر الحكّام ١ : ٥٥٧ .
ووردت المادّة في شرح المجلّة لسليم اللبناني (١ : ٣٠٥) بلفظ :
(ما يُعطاه الخادم من الخارج لا يحسب من الأُجرة) .
انظر : الهداية للمرغيناني ٣ : ٢٤٨ ، نهاية المحتاج ٥ : ٣٠٩ ، الفتاوىٰ الهندية ٤ : ٤٤٨ .

(٢) ورد : (لكونه حاضراً ومهيأً) بدل : (بكونه حاضراً أو مهيأً) ، و : (انعقدت إجارة فاسدة) بدل : (انعقدت فاسدة) في درر الحكّام ١ : ٥٥٨ .
ووردت المادّة في شرح المجلّة لسليم اللبناني (١ : ٣٠٥) بصيغة :
(لو استؤجر أُستاذ لتعليم علم أو صنعة وسمّيت الأُجرة فإن ذكرت مدّة انعقدت الإجارة صحيحة علىٰ المدّة حتّى إنّ الأُستاذ يستحقّ الأُجرة بوجوده حاضراً مهيأً للتعليم تعلّم التلميذ أو لم يتعلّم ، و إن لم تذكر مدّة انعقدت الإجارة فاسدة ، وعلىٰ هذا الوجه إن تعلّم التلميذ فالأُستاذ يستحقّ الأُجرة ، وإلاّ فلا) .
قارن : تبيين الحقائق ٥ : ١٢١ ، الفتاوىٰ الهندية ٤ : ٤٤٨ .

لم تكن المدّة معلومة بأجمعها ـ يمكن تصحيحه : [بـ] أنّ الإجارة ـ حسب القصد الارتكازي والتعامل الجاري ـ تكون على كلّ شهر برأسه ، فتكون المدّة بهذا معلومة ، ويكون دفع الراتب عن أشهر العطلة كشرط ضمني .

والحاصل : أنّ الإجارة تقع على كلّ حصّة من الزمن ، فيكفي معرفة الحصّة ، ولا يقدح عدم معرفة جميع الحصص من المستقبل .

(مادّة : ٥٦٩) من أعطى ولدَه الأُستاذَ ليعلّمه صنعة من دون أن يشترط بينهما أُجرة ، فبعد تعلّم الصبي يعمل بعرف البلدة وعادتها ، وإن لم يكن عرف فأُجرة المثل [١] .

(مادّة : ٥٧٠) لو استأجر أهل قرية معلّماً أو إماماً للصلاة أو مؤذّناً وأوفى خدمته يأخذ أُجرته من أهل تلك القرية [٢] .

هذا ممّا لا إشكال فيه ، فيجمعونها من أفرادهم على حسب العادة في ما

---

(١) في شرح المجلّة لسليم اللبناني (١ : ٣٠٥) وردت المادّة بصيغة :

(أعطىٰ ولده الأُستاذ ليعلّمه صنعة بدون أن يشترط أحدهما علىٰ الآخر أُجرة ، فلمّا تعلّم الصبي طلب أحدهما الأُجرة من الآخر ، فإنّه يعمل بعرف البلدة وعادتها) .

وفي درر الحكّام (١ : ٥٥٨) وردت بصيغة :

(من أعطىٰ أُستاذاً ولده ليعلّمه صنعة من دون أن يشترط أحدهما للآخر أُجرة ، فبعد تعلّم الصبي لو طالب أحدهما من الآخر أُجرة يعمل بعرف البلدة وعادتها) .

لاحظ الفتاوىٰ الهندية ٤ : ٤٤٨ .

(٢) لم ترد : (للصلاة) في درر الحكّام ١ : ٥٥٩ .

وورد : (أهالي) بدل : (أهل) ، و : (إماماً أو معلّماً) بدل : (معلّماً أو إماماً للصلاة) ، و : (فله أُجرة) بدل : (يأخذ أُجرته) في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٣٠٦ .

انظر : المغني ٦ : ١٤٠ ، البناية في شرح الهداية ٩ : ٣٣٨ و٣٤٢ ، الفتاوىٰ الهندية ٤ : ٤٤٨ .

بينهم أو على مقدار سعة كلّ واحد منهم .

إنّما الإشكال في صحّة مثل هذه الإجارة ، وهي مسألة معروفة بالإشكال ، ومن معضلات الفنّ عند الفقهاء ، وهي مسألة : (أخذ الأُجرة على الواجبات)[١] .

وحيث إنّ (المجلّة) لم تتعرّض لهذا البحث ـ مع أنّه من مهمّات مباحث الإجارة وكان حقّه أن يذكر هنا ، أي : في إجارة الآدمي أو في شرائط العمل المستأجر عليه ـ [فسنتعرّض له] .

وموجز القول فيه : أنّ الواجب لا يخلو إمّا أن يكون عينياً أو كفائياً ، وكلٌّ منهما لا يخلو إمّا أن يكون تعبّدياً أو توصّلياً ، وكلٌّ منهما لا يخلو إمّا أن يكون وجوبه أصلياً أو عرضياً ، وكلٌّ منهما إمّا أن يكون واجباً عليه أو على غيره .

فالواجبات التوصّلية بجميع أنواعها ـ سواء وجبت عليه أو على غيره ـ يجوز أخذ الأُجرة عليها مطلقاً ؛ لأنّ معنى التوصّلي هو : الذي يطلب وجوده في الخارج كيف اتّفق ومن أيّ داعٍ وسبب كان ، فيجوز أن يستأجرك غيرك لتطهير ثوبه أو ثوبك للصلاة وغيرها ، كما يجوز أن تستأجره لذلك أيضاً .

وكذا الكلام في سائر التوصّليات .

وأمّا التعبّديات[٢] ـ وهو : ما لا يصحّ إلاّ بنية القربة ، أي : لا يحصل امتثاله

---

(١) لاحظ المسألة بتفاصيلها في : المكاسب ٢ : ١٢٥ ـ ١٥٤ ، كتاب الإجارة للأصفهاني ١٩٦ ـ ٢٣٥ .

(٢) هكذا في المطبوع ، والأنسب التعبير بلفظ : (التعبّدي) مراعاةً لما يأتي بعده من الضمائر .

إلاّ بإتيانه بداعي التقرّب إليه تعالى في امتثال أمره ـ فلا يصحّ أخذ الأُجرة عليه حسب القاعدة ؛ لأن الإتيان به بداعي القربة يتنافى مع الإتيان به بداعي الأُجرة سواء كان عينياً أو كفائياً ، كصلاة الظهر ، أو الصلاة على الميّت ، وكغسل الجنابة [١] ، أو تغسيل الميّت .

فلا معنى لاستيجار شخص يصلّي عنك صلاة الظهر ، و يصلي على ميّتك أو يغسله ، والإجارة تكون باطلة لاغية .

نعم ، يستثنى من ذلك أخذ الأُجرة للصوم والصلاة والحج نيابة عن الميّت الذي ثبت بالدليل من إجماع [٢] وغيره [٣] صحّته .

وقد أعضل على الأساطين تطبيق هذا الحكم على القواعد وتخريج وجه للجمع بين داعي القربة الذي تتقوّم به روح العبادة وداعي الأُجرة الذي لم يأتِ بالعمل عن الغير لولاها ، وهما متنافيان بالضرورة ، فكيف الجمع بينهما والشرع لا يصحّح المستحيل ؟!

وقد ذكروا لذلك وجوهاً متعدّدة لا يخلو أكثرها من نظر ، وهي موكولة إلى محلّها [٤] .

ويلحق بهذا المستحبّات التعبّدية مطلقاً ، كصلاة النوافل وقراءة القرآن ،

---

(١) مكان عبارة : (وكغسل الجنابة) بياض في المطبوع ، فأثبتنا هذا التعبير مراعاةً لسياق الكلام .

(٢) انظر : الإيضاح ٢ : ٢٥٧ ، جامع المقاصد ٧ : ١٥٢ ، الحدائق ١١ : ٤٤ .

(٣) كوجود المقتضي وانتفاء المانع ، وكالعمومات الدالّة علىٰ صحّة إجارة الإنسان نفسه .
لاحظ الرسائل الفقهيّة للأنصاري ٢٤٢ .

(٤) راجع : الرسائل الفقهيّة للأنصاري ٢٤٤ وما بعدها ، المكاسب ٢ : ١٢٦ وما بعدها ، كتاب القضاء للآشتياني ٢٧ وما بعدها ، كتاب الإجارة للأصفهاني ٢١٨ وما بعدها .

فلا يصحّ أن تستأجر من يصلّي النافلة عنك أو عن نفسه أو يقرأ القرآن له أو لك أو لوالديك .

ولكنّهم جوّزوا النيابة عن الغير حي أو ميّت في عامّة المستحبّات حتّى الحجّ [١] ، ولم يمنعوه إلاّ في الصوم والصلاة عن الحي [٢] ، فلا يصحّ أن تستأجر من يصوم عنك شهر رجب أو شعبان أو يصلّي لك صلاة النافلة أو صلاة التراويح .

نعم ، يجوز استيجاره ليزور عنك أو يحجّ أو يقرأ القرآن وهكذا سائر المستحبّات التي تصلح فيها النيابة .

أمّا الواجبات الكفائية والمستحبّات الكفائية فقد أُشير لك أنّها أيضاً على قسمين :

تعبّدية ، كصلاة الميّت ، وتغسيله .

وتوصّلية دينية ، كتعليم الأحكام ، وتبيين مسائل الحلال والحرام ، وإقراء القرآن ، وأمثالها .

وتوصّلية دنيوية ، كالصنائع والعلوم ، مثل : علم الطب ، وسائر ما تتوقّف عليه الحياة الاجتماعية من الحرف والمهن والصناعات . فإنّ الجميع واجب كفائي ، ولكنّه توصّلي دنيوي ؛ ضرورة أنّ غرض الشارع وجوده على أيّ نحوٍ اتّفق ؛ ليستقيم به نظام الهيئة الاجتماعية .

---

(١) قارن : الجواهر ٢٢ : ١٢٠ ، العروة الوثقىٰ ٢ : ٤١٠ .

(٢) حُكي فيه الإجماع عن المحقّق الكركي في الجواهر ٢٢ : ١٢٠ .

وقد عرفت أنّ الأوّل ـ أعني : التعبّدي ـ لا يجوز أخذ الأُجرة عليه مطلقاً .

نعم ، تجوز الأُجرة على مقدّماته أو مستحبّاته غير العبادية .

كما يجوز أخذ الأُجرة على قسم التوصّليات منه مطلقاً .

وقد اتّضح لك بهذا البيان أنّ أخذ الأُجرة على تعليم أهل القرية وإمامة الصلاة والأذان للإعلام بالوقت لا لصلاة نفسه جائز والإجارة صحيحة على الأقرب في رأيي وإن منع منه جماعة من العلماء [1] ، وهو الأوفق بالاحتياط .

فإن قيل : إنّه يجب قيام العالم والمؤذّن والمقري بمثل هذه الشعائر الدينية ، ولولا ذلك لذهب الدين وتعطّلت الأحكام .

---

(١) نُسب حكم حرمة أخذ الأُجرة علىٰ الأذان إلىٰ الأكثر في الذكرىٰ ٣ : ٢٢٣ ، وإلىٰ الأشهر في الروضة البهيّة ٣ : ٢١٧ ، وإلىٰ المشهور في المختلف ٢ : ١٤٨ .
وادّعىٰ عليه الشيخ الطوسي الإجماع في الخلاف ١ : ٢٩٠ ـ ٢٩١ .
أمّا حرمة أخذ الأجرة علىٰ الإمامة فلاحظ : النهاية ٣٦٥ ، السرائر ٢ : ٢١٧ ، الشرائع ٢ : ٢٦٥ ، نهاية الإحكام ٢ : ٤٧٤ .
أمّا رأي بقية فقهاء المذاهب : فقد ذهب عطاء والضحّاك بن قيس وأبو حنيفة وأحمد والزهري إلىٰ : حرمة أخذ الأُجرة علىٰ الإمامة والأذان والحجّ وتعليم القرآن وكلّ طاعة يختصّ بها المسلم .
بينما ذهب مالك والشافعي وأحمد ـ على رواية ـ وأبو ثور وأبو قلابة وابن المنذر إلىٰ : جواز ذلك .
وفي خصوص أخذ الأُجرة على الأذان قال بعض متأخّري أصحاب الشافعي والأوزاعي ، ونُسب إلىٰ أبي حنيفة : إنّه يجوز أخذ الرزق ، ولا يجوز أخذ الأُجرة .
انظر : المدوّنة الكبرىٰ ١ : ٦٢ ، المهذّب للشيرازي ١ : ١٩٤ ، المبسوط للسرخسي ١ : ١٤٠ ، المغني ٦ : ١٣٩ ـ ١٤٠ ، المجموع ٣ : ١٢٧ ، نهاية المحتاج ٥ : ٢٩٢ و٢٩٣ ، الشرح الصغير للدردير ٤ : ٣٤ .

قلنا : نعم ، لا ريب في وجوب كلّ ذلك ، ولكن وجوباً كفائياً توصّلياً ؛ لأنّ الغرض حفظ الدين ونشر الأحكام ، ولا ينافيه أخذ الأُجرة بعد أن كان المهمّ نفس وقوعها .

نعم ، هو مكروه كراهة شديدة سيّما في تعليم القرآن ؛ لقوله (عليه الصلاة والسلام) : « اقرؤا القرآن ، ولا تأكلوا به » [1] سواء كان من باب الفعل أو الأفعال .

وأشدّ منه إمامة الجماعة ، بل لا تخلو صحّة الصلاة معه من إشكال .

نعم ، لا كراهة لمن دفع ولده لمن يعلّمه القرآن أن يكرمه ويحسن إليه ، لكن لا بنحو الأُجرة .

ويجوز للمعلّم الأخذ خصوصاً إذا كان فقيراً ولا مهنة له سوى ذلك ، وكذلك قراءة القرآن لأرواح الأموات ، فينبغي للناس أن يعطوهم ، وينبغي بل يجب على هؤلاء القرّاء والمعلّمين أن لا يماكسوهم [2] .

وقد حرّرنا هذا البحث على جري القلم من دون تجديد مراجعة واستقراء ، فعليك ـ أيّها الطالب ـ الاستقصاء التامّ في مظانه ، والله ولي التوفيق .

(مادّة : ٥٧١) الأجير الذي استؤجر على أن يعمل بنفسه ليس له أن

---

(١) راجع : المصنّف لابن أبي شيبة ٢ : ٢٩٢ ، مسند أحمد ٣ : ٤٢٨ ، نصب الراية ٤ : ١٣٥ و ١٣٦ ، مجمع الزوائد ٧ : ١٦٨ .

(٢) يقال : تماكس الرجلان عند البيع ، إذا تشاحا . (جمهرة اللغة ٢ : ٨٥٥) .

يستعمل غيره . . . الخ [١] .

قد تكرّر بيان هذا وأنّه من الإجارة الشخصية ، فلو تجاوز منطوقها وتعدّى عن نصّها لم يستحق الأُجرة ، وكان ضامناً لو تلفت العين المستأجر على العمل بها [٢] .

وهي قضية مطّردة سيّالة في جميع الأعمال ، مقيّدة تارةً ومطلقة أُخرى ، ولكلٍّ حكمه .

وقد أشار إلى المطلقة في :

(مادّة : ٥٧٢) لو أطلق حين الاستئجار فللمستأجر أن يستعمل غيره [٣] .

و(مادّة : ٥٧٣) قول المستأجر للأجير : اعمل هذا الشغل ، إطلاق .

فلو قال للخيّاط : خط هذه (الجبّة) بكذا ، عن دون تقييد بنفسك أو بالذات ، وخاطها الخيّاط بخليفته أو خيّاط آخر يستحقّ المسمّى ، وإن

---

(١) تكملة المادّة ـ على ما في درر الحكّام ١ : ٥٦١ ـ هي :

(مثلاً : لو أعطى أحد جبّة لخيّاط على أن يخيطها بنفسه بكذا دراهم فليس للخيّاط أن يخيطها بغيره ، وإن خاطها بغيره وتلفت فهو ضامن) .

قارن : المغني ٦ : ٣٤ ، تبيين الحقائق ٥ : ١١١ ـ ١١٢ ، البحر الرائق ٧ : ٣٠٣ ، اللباب ٢ : ١٠٢ .

(٢) تقدّم ذلك في ص ٢٠ و٢١ و٢٥ و٢٧ .

(٣) وردت زيادة : (العقد) بعد كلمة : (أطلق) ، وورد : (فللأجير) بدل : (فللمستأجر) في : شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٣٠٧ ، درر الحكّام ١ : ٥٦٢ .

انظر : تبيين الحقائق ٥ : ١١٢ ، البحر الرائق ٧ : ٣٠٣ ، اللباب ٢ : ١٠٢ .

تلفت بلا تعدٍّ لا يضمن [١] .

حيث لا تكون هناك قرينة حال أو مقال بإرادته نفس الخيّاط كما لو كان أُستاذاً ماهراً أو ما أشبه ذلك ، وإلاّ ضمن بدفعها للغير .

(مادّة : ٥٧٤) كلّ ما كان من توابع العمل ولم يشترط على الأجير يعتبر فيه عرف البلدة وعادتها ، كما أنّ العادة أنّ الخيط على الخيّاط [٢] .

ومثله في أن المتّبع هو العرف والعادة :

(مادّة : ٥٧٥) يلزم الحمّال إدخال الحمل إلى الدار ، ولكن لا يضعه في محلّه .

مثلاً : ليس على الحمّال إخراج الحمل إلى فوق الدار ، ولا وضع الذخيرة في الأنبار [٣] .

---

(١) نصّ المادّة ـ علىٰ ما في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٣٠٧ ـ ٣٠٨ ـ هو :

(قول المستأجر للأجير : اعمل هذا العمل ، إطلاق .

مثلاً : لو قال واحد للخيّاط : خط هذه الجبّة بكذا دراهم ، ولم يقيّده بقوله : خطها بنفسك أو بالذات ، وخاطها الخيّاط بخليفته أو خياط آخر ، فإنّه يستحقّ الأجر المسمّىٰ ، وإن تلفت الجبّة بلا تعدٍّ لا يضمن) .

وقريب منه ما في درر الحكّام ١ : ٥٦٢ .

لاحظ تبيين الحقائق ٥ : ١١٢ .

(٢) ورد : (في كون) بدل : (أنّ) في درر الحكّام ١ : ٥٦٣ .

وورد : (فالعادة في الخيط أن يكون) بدل : (كما أنّ العادة أنّ الخيط) في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٣٠٨ .

لاحظ الفتاوىٰ الهندية ٤ : ٤٥٥ .

(٣) ورد : (يلزم عليه وضعه) بدل : (يضعه) في درر الحكّام ١ : ٥٦٤ . ←

ومثلها :

(مادّة : ٥٦٧) لا يلزم المستأجر إطعام الأجير ، إلاّ أن يكون عرف البلدة كذلك (١) .

و(مادّة : ٥٧٧) إن دوّر دلاّل مالاً ولم يبعه ليس له أُجرة ، وإذا باعه دلاّل آخر كانت له الأُجرة فقط (٢) .

(مادّة : ٥٧٨) لو أعطى ماله للدلاّل ، وقال : بعه بكذا دراهم ، فإن باعه الدلاّل بأزيد من ذلك فالفاضل أيضاً لصاحب المال ، وليس للدلاّل سوى الأُجرة (٣) .

← وورد : (يلزمه وضعه) بدل : (يضعه) ، و : (رفع) بدل : (إخراج) ، و : (الطابق العلوي) بدل : (فوق الدار) ، و : (إفراغ الذخيرة من العنبر) بدل : (وضع الذخيرة في الأنبار) في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٣٠٨ .

والأنبار : بيت التاجر الذي ينضِّد فيه متاعه . (لسان العرب ١٤ : ١٩) .

وهو فارسي معرّب (جمهرة اللغة ١ : ٣٢٩) .

وكمصدر لهذه المادّة انظر الفتاوىٰ الهندية ٤ : ٤٥٦ .

(١) راجع المصدر السابق .

(٢) وردت المادّة في شرح المجلّة لسليم اللبناني (١ : ٣٠٩) بصيغة :

(إن دوّر دلاّل مالاً ولم يبعه ، وبعد ذلك باعه صاحب المال ، فليس للدلاّل أخذ الأُجرة ، وإن باعه دلاّل آخر فليس للأوّل شيء ، والأُجرة كلّها للثاني) .

ووردت بنفس ألفاظ الشرح المزبور في درر الحكّام (١ : ٥٦٤) ، ولكن بتبديل : (الأُجرة كلّها للثاني) إلىٰ : (تمام الأُجرة للثاني) .

قارن الفتاوىٰ الهندية ٤ : ٤٥١ .

(٣) وردت زيادة كلمة : (أحد) بعد : (أعطىٰ) في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٣٠٩ .

←

ولكنّ الدلاّل في بيعه بالزائد غير المأذون به يكون فضولياً يحتاج إلى الإجازة ، وتفسد الإجارة ، ويستحقّ أُجرة المثل على بيعه .

وقد ورد في حديث عروة البارقي [1] نظير هذا ، حيث دفع له النبي صلى الله عليه وآله وسلم درهمين ؛ ليشتري له بهما شاة ، فاشترى شاتين [2] .

نعم ، يمكن خروجه عن الفضولي بدعوى : العلم بإذن الفحوى وأنّ المالك يرضى ببيع ماله بالزائد .

(مادّة : ٥٧٩) لو خرج مستحقّ بعد أخذ الدلاّل أُجرته وضبط المبيع

← ووردت هذه الزيادة ، وورد كذلك : (فالفضل) بدل : (فالفاضل) في درر الحكّام ١ : ٥٦٥ .
راجع الفتاوىٰ الهندية ٤ : ٤٥٠ .

(١) عروة بن الجعد ـ ويقال : ابن أبي الجعد ، ويقال : ابن عيّاض ـ بن أبي الجعد البارقي الأزدي ، ويقال : الأسدي . وبارق جبل ينزله الأزد ، سكن الكوفة ، وله صحبة .
روىٰ عن : النبي صلى الله عليه وآله وسلم ، وعن عمر ، وسعد بن أبي وقّاص .
وروىٰ عنه : شبيب بن غرقدة ، وقيس بن أبي حازم ، وأبو إسحاق السبيعي ، وسماك بن حرب ، وآخرون .
قيل : استعمله عمر علىٰ قضاء الكوفة وضمّ إليه سليمان بن ربيعة قبل شريح .
(الطبقات لابن سعد ٦ : ٣٤ ، الطبقات لخليفة العصفري ١١٢ و١٣٧ ، التاريخ الكبير ٧ : ٣١ ، أخبار القضاة ٢ : ١٨٤ و١٨٦ ـ ١٨٧ و٢٨٢ ، الجرح والتعديل ٦ : ٣٩٥ ، الثقات لابن حبّان ٣ : ٣١٤ ، الاستيعاب ٣ : ١٧٥ ، الجمع لابن القيسراني ١ : ٣٩٣ ، أُسد الغابة ٣ : ٤٠٣ ، تهذيب الكمال ٢٠ : ٥ ـ ٦ ، الكاشف للذهبي ٢ : ٢٦١ ، الإصابة ٢ : ٤٧٦ ، تقريب التهذيب ١ : ٦٧٠ ، تهذيب التهذيب ٧ : ١٦١) .

(٢) الغوالي ٣ : ٢٠٥ ، مستدرك الوسائل عقد البيع وشروطه ١٨ : ١ (١٣ : ٢٤٥) .
ولاحظ : سنن الترمذي ٣ : ٥٥٩ ، سنن الدارقطني ٣ : ١٠ ، السنن الكبرىٰ للبيهقي ٦ : ١١٢ ، تلخيص الحبير ٣ : ٥ .

أو ردّ بعيب لا تستردّ أُجرة الدلاّل [١] **.**

إلاّ إذا كان الدلاّل عالماً بأنّه مستحقّ للغير ، فإنّه لا يستحقّ الأُجرة على معاملة باطلة ، بل ربّما تكون حراماً ؛ لأنّها إعانة على الإثم ، كما لو باع مال الوقف مع علمه بوقفيته ، إلى كثير من أمثاله .

(مادّة : ٥٨٠) من استأجر حصّادين ليحصدوا زرعه الذي في أرضه ، وبعد حصادهم مقداراً منه لو تلف الباقي بنزول الحالوب (البرد) أو بقضاء آخر ، فلهم أن يأخذوا من الأجر المسمّى مقدار حصّة ما حصدوه ، وليس لهم أخذ أجر الباقي [٢] **.**

هذه المسألة سيّالة كثيرة الفروع ، موضوعها الكمّيات المتّصلة والمنفصلة ، أي : القارّة وغير القارّة التي مرّ نظيرها في البيع ، وأنّها تنحلّ إلى عقود متعدّدة ، فتصحّ في الموجود الممكن ، وتبطل في المفقود المتعذّر ،

---

(١) ورد : (أخذ) بدل : (ضبط) ، ووردت زيادة كلمة : (المبيع) بعد : (ردّ) في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٣٠٩ .
ووردت المادّة نصّاً في درر الحكّام ١ : ٥٦٥ .
راجع الفتاوىٰ الهندية ٤ : ٥٠٥ .

(٢) لم ترد كلمة : (من) أوّل المادّة ، ووردت عبارة : (**فبعد أن حصدوا بعضه وتلف الباقي بنزول البرد أو بآفة أُخرىٰ**) بدل عبارة : (**وبعد حصادهم مقداراً منه لو تلف الباقي بنزول الحالوب ـ البرد ـ أو بقضاء آخر**) ، و : (الأُجرة عن) بدل : (أجر) في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٣١٠ .
وورد : (آفة) بدل : (الحالوب ـ البرد ـ) في درر الحكّام ١ : ٥٦٥ .
انظر الفتاوىٰ الهندية ٤ : ٤٥١ ـ ٤٥٢ .

بخلاف ما لو كان عقداً واحداً بسيطاً ، فإنّ الكلّ يعدم بانعدام بعض أجزائه .

ومن هذا القبيل : [ما] لو استأجره على خدمة سنة ، فخدمه ستة أشهر وتمرّض ، فإنّه يستحقّ نصف الأُجرة ، وهكذا لو استأجره على خياطة الثوب فخاط نصفه .

بخلاف ما لو استأجره على كون الثوب مخيطاً ، فإنّه أمر بسيط ، فلو خاط بعضه لم يستحق شيئاً .

ويتّضح هذا في مثل السفر ، فتارةً يستأجره على المسير إلى المدينة ، وأُخرى على كونه في المدينة .

وأوضح من هذا أن يستأجره على الحجّ وأداء المناسك ، وأُخرى على تفريغ ذمّة أبيه من الحجّ الذي اشتغلت به ذمّته .

ومع ذلك ، فتمييز أحد النوعين عن الآخر في بعض المقامات من أعقد المشكلات .

(مادّة : ٥٨١) كما أنّه للظئر فسخ الإجارة لو مرضت (وتستحقّ أُجرة ما مضى) ، كذلك للمسترضع فسخها إذا مرضت أو حملت أو ظهر بها أحد العيوب ... الخ [١] .

---

(١) وردت المادّة في شرح المجلّة لسليم اللبناني (١ : ٣١٠) بصيغة :

(كما أنّ للظئر فسخ الإجارة لو مرضت ، فكذا للمسترضع فسخها أيضاً إذا مرضت أو حملت أو

←

وهو واضح .

← لم يأخذ الصبي ثديها أو استفرغ لبنها) .

وورد في درر الحكّام (١ : ٥٦٦) بصيغة :

(كما أنّ للظئر فسخ الإجارة لو تمرّضت ، كذلك لأب الطفل فسخها إذا مرضت أو حملت أو لم يأخذ الصبي ثديها أو قاء لبنها) .

قارن : المبسوط للسرخسي ١٥ : ١٢٢ ، الفتاوىٰ الهندية ٤ : ٤٣٢ و٤٥٨ و٤٥٩ و٤٦٠ ، اللباب ٢ : ١٠١ .



الباب السابع

في وظيفة الآجر والمستأجر بعد العقد

ويشتمل على ثلاثة فصول

الفصل الأوّل

في تسليم المأجور

تسليم العين المأجورة هو بعينه تسليم العين المبيعة الذي قد عرفت الكلام فيه في (الجزء الأوّل) مفصّلاً ، وأنّ أكثر الفقهاء فسّروه بالتخلية ، وذكرنا ما فيه من الخلل والتسامح وأنّه يختلف باختلاف الأعيان المبيعة [1] .

وقد عرفت قريباً أنّ الإجارة أيضاً تتعلّق بالعين ، ولكن من حيث المنفعة [2] ، وتسليم المنفعة لا يكون إلاّ بتسليم العين ، وهو يختلف باختلاف الأعيان أيضاً .

و(المجلّة) هنا قد تسامحت أيضاً حيث فسّرته بما إلى التخلية أو الإذن ، وهو لا يطّرد في جميع المستأجرات ؛ فإنّ تسليم مثل الحليِ والحلل لا يتحقّق إلاّ بإقباضه يداً بيد كالنقود ، وهكذا في أكثر المنقولات .

نعم ، يتمّ ما ذكروه في الدور والعقارات ونحوها .

وبهذا يتّضح القصور في :

(مادّة : ٥٨٢) تسليم المأجور هو عبارة عن : إجازة الآجر ورخصته

---

(١) تقدّم في ج ١ ص ٤٥٥ ـ ٤٥٦ .

(٢) وذلك في ص ٨ و٦٣ .

للمستأجر أن ينتفع به بلا مانع [١] .

ومن توضيح الواضحات :

(مادّة : ٥٨٣) إذا انعقدت الإجارة الصحيحة على المدّة والمسافة فيلزم تسليم المأجور للمستأجر على أن يبقى في يديه مستمرّاً إلى انقضاء المدّة أو ختام المسافة [٢] .

فإنّ هذا من لوازم الإجارة ، وبدونه لا يبقى لها معنىً محصّل .

ولا حاجة إلى المثال بالكروسة [٣] ووصولها إلى المحلّ .

---

(١) لم ترد كلمة : (هو) ، وورد : (إذنه) بدل : (رخصته) ، و : (بأن) بدل : (أن) ، و : (بالمأجور) بدل : (به) في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٣١١ .
وورد : (بأن) بدل : (أن) في درر الحكّام ١ : ٥٦٨ .
لاحظ : كشّاف القناع ٤ : ١٩ ، حاشية القيلوبي علىٰ شرح المنهاج ٣ : ٧٨ و ٧٩ ، الفتاوىٰ الهندية ٤ : ٤١٣ و ٤٣٧ و ٤٣٨ .

(٢) ورد : (صحيحة) بدل : (الصحيحة) ، و : (لزم) بدل : (فيلزم) ، و : (يده متّصلاً ومستمرّاً) بدل : (يديه مستمرّاً) ، ووردت زيادة في آخر المادّة ، وهي : (**مثلاً : لو استأجر عربة لكذا مدّة أو ليذهب بها إلىٰ المحلّ الفلاني فله أن يستعمل العربة في ظرف تلك المدّة أو إلىٰ أن يصل ذلك المحلّ ، وليس لصاحبها أن يأخذها منه ولا أن يستعملها في أُموره في تلك الأثناء**) .
كلّ ذلك في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٣١٢ .
وقريب منه ما في درر الحكّام ١ : ٥٦٩ .
راجع الفتاوىٰ الهندية ٤ : ٤٣٧ .

(٣) الظاهر أنّ معنىٰ الكروسة : العربة ، ولم نعثر ـ بعد التتبع الحثيث ـ علىٰ من ذكر هذه الكلمة ومعناها في كتب اللغة ، وإنّما استفدنا ذلك من تمثيل بعض شرّاح (المجلّة) لهذه المادّة بالعربة ، ولعلّها كلمة تركية .

←

كما أنّ من لوازم الإجارة وملكية منفعة العين المأجورة تسليمها فارغة من كلّ ما يشغلها ، على ما في :

(مادّة : ٥٨٤) لو آجر أحد ملكه وكان فيه ماله لا تلزم الأُجرة ما لم يسلّمه فارغاً ، إلاّ أن يكون قد باع المال للمستأجر أيضاً [١] .

(مادّة : ٥٨٥) لو سلّم الدار إلاّ حجرة وضع فيها أشياءه يسقط من بدل الإجارة مقدار حصّة تلك الحجرة ، والمستأجر مخيّر في الدار (بخيار تبعّض الصفقة) ، **وإن أخلى الآجر الحجرة وسلّمها قبل الفسخ تلزم الإجارة ، يعني : لا يبقى للمستأجر حقّ الفسخ** [٢] .

أي : حيث لا يمضي زمان متقوّم لعدم تسليم الحجرة ، وإلاّ فإخلاؤها بعد زمان متعدٍّ به لا يسقط خياره .

← مع العلم بأنّه لم يمثّل أحد للمادّة المذكورة بمصطلح (الكروسة) في ما بأيدينا من شروح (المجلّة) ، فلاحظ .

(١) ورد : (أيضاً من المستأجر) بدل : (للمستأجر أيضاً) في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٣١٢ .
وورد : (من المستأجر أيضاً) بدل : (للمستأجر أيضاً) في درر الحكّام ١ : ٥٧٠ .
قارن الفتاوىٰ الهندية ٤ : ٤٣٨ .

(٢) وردت زيادة كلمة : (الآجر) بعد : (سلّم) ، وورد : (ولم يسلّم) بدل : (إلاّ) ، ووردت زيادة كلمة : (باقي) قبل كلمة : (الدار) الثانية ، وورد : (الدار) بدل : (الحجرة) الثالثة .
وذلك في درر الحكّام ١ : ٥٧١ .
ووردت نفس هذه الأُمور في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٣١٢ ، ولكن بزيادة تغيير : (عادت الإجارة لازمة ، فلا يبقىٰ) بدل : (تلزم الإجارة ، يعني : لا يبقىٰ) .
لاحظ الفتاوىٰ الهندية ٤ : ٤٣٨ .

الفصل الثاني

في

تصرّف العاقدين في المأجور بعد العقد

(مادّة : ٥٨٦) للمستأجر إيجار المأجور لآخر قبل القبض إن كان عقاراً ، وإن كان منقولاً فلا [1] .

---

(١) ورد : (من آخر) بدل : (لآخر) في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٣١٣ .

ووردت المادّة نصّاً في درر الحكّام ١ : ٥٧٢ .

يجوز للمستأجر إيجار المأجور لآخر قبل القبض مطلقاً عقاراًكان أو منقولاً بمساوٍ أو بزيادة أو بنقصان .

هذا عند المالكيّة ، وهو غير المشهور عند الشافعيّة ، وأحد الوجهين عند الحنابلة .

وذلك لأنّ المعقود عليه هو المنافع ، وهي لا تصير مقبوضة بقبض العين ، فلا يؤثّر فيها القبض .

وفي المشهور عند الشافعيّة ووجه آخر عند الحنابلة : لا يجوز ذلك ،كما لا يجوز بيع المبيع قبل قبضه .

وذهب أبو حنيفة وأبو يوسف إلىٰ : جواز ذلك في العقار دون المنقول ، وهو الرأي الذي أخذت به (المجلّة) .

وذهب محمّد بن الحسن إلىٰ : عدم الجواز مطلقاً .

وهذا الخلاف مبني علىٰ اختلافهم في جواز بيع العقار قبل قبضه .

وقيل : إنّه لا خلاف بينهم في عدم جواز ذلك في الإجارة .

لاحظ : المهذّب للشيرازي ١ : ٤٠٣ ، الهداية للمرغيناني ٣ : ٥٩ ، المغني ٦ : ٥٣ ، الاختيار ٢ : ٨ ، مواهب الجليل ٥ : ٤١٧ ، مجمع الأنهر ٢ : ٧٩ ، الفتاوىٰ الهندية ٤ : ٤٢٥ ، حاشية ردّ المحتار ٦ : ٩١ .

وذكروا في وجه الفرق بينهما : أنّ احتمال هلاك المنقول غالب ، واحتمال هلاك العقار نادر ، والنادر لا يعتبر في الأحكام الشرعية [١] .

وهو ـ كما ترى ـ قياس واستحسان لا يستقيم به الميزان ؛ فإنّ احتمال الهلاك لا يصلح فارقاً ، فإنّه إن هلك قبل القبض وجرت فيه قاعدة : (التلف قبل القبض) انفسخ العقد فيهما ، وإلاّ نفذ العقد فيهما ، وكان تلف العين على المؤجّر ، وتلف منافعها على المستأجر ، ويذهب الثمن المسمّى عليه سواء كان عقاراً أو منقولاً .

ومقتضى ملكيته للمنفعة أنّ له إيجاره مطلقاً من المؤجّر ومن غيره .

ومنع بعضهم إيجاره من المؤجّر [٢] لا وجه له .

كما أنّ له بيع المبيع ثانياً للبائع ولغيره ، كما يجوز بيع بدل المنفعة إذا كان عيناً من المستأجر ومن غيره .

وإذا كان ديناً يجوز بيعه منه أيضاً ومن غيره بناءً على جواز بيع الدين مطلقاً .

كما يجوز هبته للمستأجر ، فيكون إبراءً ومن غيره بناءً على تمطّي الهبة من العين إلى الدين وعدم اختصاصها بالأعيان ، فيكون تمليكاً مجّانياً .

---

(١) راجع المصادر الحنفيّة المتقدّمة في الهامش السابق .

(٢) هذا ما ذهب إليه أبو حنيفة ومحمّد بن الحسن الشيباني ، وهو الوجه الثالث عند الشافعيّة ، وقول عند الحنابلة .

قارن : المجموع ١٥ : ٦٠ ، حاشية ردّ المحتار ٦ : ٩١ .

(مادّة : ٥٨٧) للمستأجر إيجار ما لا يتفاوت استعماله وانتفاعه باختلاف الناس لآخر [١] .

يعني : أنّه لو استأجر دكّاناً أو حمّاماً أو سفينةً يجوز أن يؤجّره لغيره كما يجوز إعارته للغير ، أمّا ما يتفاوت الناس باستعماله ـ كالدابّة والثياب ـ فلا يجوز .

وقد عرفت مكرّراً أنّ الملاك ليس قضية التفاوت في الاستعمال ، مضافاً إلى أنّه ممّا لا ضابطة له ، فإنّ الدار أيضاً ممّا يتفاوت الناس باستعمالها ، فيستعملها بعض بمداراة ، وبعض بغير مبالاة .

بل الميزان العدل في ذلك هو الإجارة الكلّية فيجوز ، أو الشخصية فلا يجوز ، فالعبرة بالإطلاق والتقييد لا غير ، فتدبّره .

(مادّة : ٥٨٨) إن آجر المستأجر بإجارة فاسدة المأجور لآخر بإجارة صحيحة يجوز [٢] .

---

(١) ورد : (لم) بدل : (لا) في درر الحكّام ١ : ٥٧٣ .
ووردت المادّة في شرح المجلّة لسليم اللبناني (١ : ٣١٣) بصيغة :
(للمستأجر أن يؤجّر من آخر ما لا يتفاوت استعماله والانتفاع به باختلاف الناس) .
وهذا عليه جمهور الفقهاء من حنفية وشافعية ومالكية ، وهو الأصحّ عند الحنابلة ، إلاّ القاضي من الحنابلة حيث منع ذلك مطلقاً .
قارن : المجموع ١٥ : ٥٨ و٥٩ ـ ٦٠ و٦١ ، البحر الزخّار ٥ : ٣٦ ، الفتاوىٰ الهندية ٤ : ٤٢٥ و٤٢٧ و٤٧٢ ، حاشية ردّ المحتار ٦ : ٩١ .

(٢) وردت المادّة في شرح المجلّة لسليم اللبناني (١ : ٣١٤) بلفظ :
(من استأجر شيئاً إجارة فاسدة وقبضه ثمّ آجره من آخر إجارة صحيحة جاز) .

←

عرفت أنّ الإجارة الفاسدة والباطلة سواء ، وإذا كانت الإجارة فاسدة لم يترتّب الأثر عليها وهو تملّك المنفعة ، واذا لم يملكها كيف يصحّ تمليكها لغيره ، والفاسد لا يترتّب عليه إلاّ الفاسد لا الصحيح ؟!

(مادّة : ٥٨٩) لو آجر أحد ماله مدّة معلومة لآخر بإجارة لازمة ، ثمّ آجر أيضاً تلك المدّة تكراراً لغيره ، لا تنعقد ولا تنفذ الإجارة الثانية ولا تعتبر [١] .

احترز باللازمة عمّا لو كانت الإجارة جائزة لخيار شرط فيها ونحوه ، فإنّ إيجاره ثانياً تلك المدّة بعينها من آخر يعدّ فسخاً للأُولى .

ولكن ـ مع ذلك ـ كان ينبغي أن تقول : إنّها لا تنفذ ، بل تبقى موقوفة على إجازة المستأجر الأوّل ، ويكون المؤجّر فضولياً بالنسبة إلى المستأجر الأوّل ، لا أنّها لا تنعقد أصلاً ، فتدبّر .

أمّا لو آجر غير تلك المدّة فلا مانع من توارد الإجارات المتعاقبة على

← ووردت في درر الحكّام (١ : ٥٧٤ ـ ٥٧٥) بلفظ :
(المستأجر بإجارة فاسدة إذا آجر ذلك المأجور لآخر بعد القبض بإجارة صحيحة جاز) .
انظر الفتاوىٰ الهندية ٤ : ٤٢٦ .

(١) وردت المادّة في شرح المجلّة لسليم اللبناني (١ : ٣١٤) بالصيغة التالية :
(لو آجر أحد ماله من آخر إجارة لازمة علىٰ مدّة معلومة ، ثمّ آجره أيضاً لتلك المدّة من غيره ، لا تنعقد الإجارة الثانية ولا تعتبر) .
ووردت في درر الحكّام (١ : ٥٧٥) بصيغة :
(لو آجر أحد ماله علىٰ مدّة معلومة من آخر إجارة لازمة ، ثمّ آجره أيضاً تلك المدّة مرّة ثانية من غيره ، لا تنفذ الإجارة الثانية ولا تعتبر) .
لاحظ : كشّاف القناع ٣ : ٥٦٦ ، الفتاوىٰ الهندية ٤ : ٤٢٦ .

العين الواحدة باختلاف الأزمنة .

(مادّة : ٥٩٠) لو باع الآجر المأجور بدون إذن المستأجر يكون البيع نافذاً بين البائع والمشتري وإن لم يكن نافذاً في حقّ المستأجر (١) .

هذا البيان قاصر ناقص ، وتحرير البحث : أنّ المؤجّر إذا باع العين المأجورة وقع النظر من جهتين : جهة البائع والمشتري ، وجهة البيع والإجارة أو المؤجّر والمستأجر .

أمّا من الجهة الأُولىٰ : فإن كان المشتري عالماً حين العقد بأنّ المبيع مأجور لزم البيع عليه ولا خيار له أصلاً ، ولزم عليه الصبر إلى انتهاء مدّة الإجارة ، وبعدها يستلم العين ؛ لأنّه قد اشتراها مسلوبة المنفعة ، والبيع المتأخّر لا يبطل الإجارة المتقدّمة .

وإن كان جاهلاً بها ثمّ علم كان له الخيار إن شاء أمضى البيع وصبر ، وإن شاء فسخ ، ولا حقّ له في فسخ الإجارة أصلاً .

---

(١) للمادّة تكملة ، وتكملتها ـ علىٰ ما في درر الحكّام ١ : ٥٧٦ ـ هي :

(حتّىٰ إنّه بعد انقضاء مدّة الإجارة يلزم البيع في حقّ المشتري ، وليس له الامتناع عن الاشتراء ، إلاّ أن يطلب المشتري تسليم المبيع من البائع قبل انقضاء مدّة الإجارة ، ويفسخ القاضي البيع ؛ لعدم إمكان تسليمه .

وإن أجاز المستأجر البيع يكون نافذاً في حقّ كلٍّ منهم ، ولكن لا يؤخذ المأجور من يده ما لم يصل إليه مقدار ما لم يستوفه من بدل الإجارة الذي كان أعطاه نقداً .

ولو سلّمّ المستأجر المأجور قبل استيفائه ذلك سقط حقّ حبسه) .

راجع : المغني ٦ : ٤٦ ـ ٤٧ ، المجموع ١٥ : ٨٧ و ٨٩ ، مغني المحتاج ٢ : ٣٦٠ ، الفتاوىٰ الهندية ٤ : ٤٦٠ ، حاشية ردّ المحتار ٦ : ٥٠٨ و ٥١١ ـ ٥١٢ .

وأمّا من الجهة الثانية : فقد ظهر لك أنّه لا تزاحم بين الإجارة السابقة والبيع اللاحق أصلاً ، ولا سبيل للمشتري على فسخها ، كما لا سبيل للمستأجر على فسخ البيع ، بل يقضي مدّته ، ثمّ يدفع العين إلى المشتري .

إذاً فما معنى قول (المجلّة) : **وإن لم يكن نافذاً في حقّ المستأجر** ؟!

وكان حقّه أن تقول : وإن لم يكن نافذاً في حقّ المشتري لو كان جاهلاً .

ولا حاجة ، بل ولا فائدة في ما فرّعته على ذلك بقولها : **حتّى إنّه بعد انقضاء مدّة الإجارة يلزم البيع في حق المشتري ، وليس له الامتناع . . . الخ .**

يعني : إذا كان عالماً .

الفصل الثالث

في بيان مسائل تتعلّق بردّ المأجور وإعادته

أكثر مواد هذا الفصل ـ مع وضوحها وكونها غنية عن البيان ـ مكرّرة متداخلة يغني بعضها عن بعض .

مثلاً :

(مادّة : ٥٩١) يلزم على المستأجر رفع يده عن المأجور عند انقضاء الإجارة (١) .

هي عين :

(مادّة : ٥٩٢) ليس للمستأجر استعمال المأجور بعد انقضاء الإجارة (٢) .

ولا اختلاف بينهما إلاّ في العبارة ؛ فإنّ رفع اليد عبارة ثانية عن عدم الاستعمال .

---

(١) لم ترد كلمة : (علىٰ) في : شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٣١٦ ، درر الحكّام ١ : ٥٧٩ .
قارن الفتاوىٰ الهندية ٤ : ٤٢١ .

(٢) وردت المادّة نصّاً في درر الحكّام ١ : ٥٨٠ .
ووردت زيادة كلمة : (مدّة) بعد كلمة : (انقضاء) في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٣١٦ .
قارن كذلك الفتاوىٰ الهندية ٤ : ٤٢١ .

كما أنّ :

(مادّة : ٥٩٣) لو انقضت الإجارة وأراد الآجر قبض ماله يلزم المستأجر تسليمه إيّاه [١] .

تكفي عنها وتدلّ عليها :

(مادّة : ٥٩٤) لا يلزم المستأجر ردّ المأجور ، ويلزم الآجر أن يأخذه عند انقضاء الإجارة ... الخ [٢] .

وكذا :

(مادّة : ٥٩٥) إن احتاج ردّ المأجور إلى الحمل والمؤنة فأُجرة نقله على الآجر [٣] .

وبالجملة : فحقّ حسن التحرير يقضي بإلغاء هذا الفصل ، وجمع جميع

---

(١) ورد : (لزم) بدل : (يلزم) في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٣١٧ .
ووردت المادّة نصّاً في درر الحكّام ١ : ٥٨٠ .
انظر الفتاوىٰ الهندية ٤ : ٤٢١ .

(٢) تكملة المادّة ـ علىٰ ما في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٣١٧ ـ هي :
(مثلاً : لو انقضت إجارة دار لزم صاحبها الذهاب إليها وتسلّمها .
كذلك لو استؤجرت دابّة إلىٰ المحلّ الفلاني كان علىٰ صاحبها أن يوجد هناك ويتسلّمها ، وإن ما وجد هناك ولا تسلّمها وتلفت في يد المستأجر بدون تعدّيه وتقصيره لا يضمن .
أمّا إذا استأجر رجل دابّة إلىٰ محلٍّ معيّن ذهاباً وإيّاباً كان عليه أن يردّ الدابّة إلىٰ حيث استأجرها ، فإذا لم يردّها بل أتىٰ بها وأمسكها في داره فهلكت ضمن قيمتها) .

(٣) وردت زيادة : (وإعادته) بعد كلمة : (المأجور) في : شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٣١٧ ، درر الحكّام ١ : ٥٨٣ .
انظر الفتاوىٰ الهندية ٤ : ٤٣٨ .

مواده في مادّة واحدة ، فيقال : العين المأجورة أمانة في يد المستأجر ، وهي أمانة مالكية لا يجب ردّها ، بل يجب تسليمها عند طلبها ، وعلى المؤجّر تسلّمها ، ولو احتاج ردّها إلى أُجرة فعلى المالك .

ولا يجوز بعد انقضاء المدّة استعمالها إلاّ بإذن جديد ، فلو استعملها بدون إذن وتلفت ـ ولو بغير تفريط ـ ضمن .

ولو تلفت بغير استعمال وغير تفريط قبل الطلب فلا ضمان ، إلاّ أن يشترط على المستأجر ردّها ونفقتها ، فيكون عليه ضمانها لو قصّر في ردّها أو نفقتها .

ومن الغريب قول بعض الشرّاح : (إذا اشترطا أن يكون أُجرة إعادة المأجور على المستأجر فسدت الإجارة ؛ لأنّه شرط مفيد للمؤجّر ، والشرط المفيد لأحد العاقدين يفسد الإجارة) [١] .

وما أدري كيف صار الشرط المفيد لأحد العاقدين مفسداً للإجارة مع أنّ كلّ من يشترط شرطاً فإنّه يشترطه باعتبار أنّه مفيد له ؟!

فهل يريد هذا القائل أنّ الشرط الصحيح هو ما يكون لغواً لا فائدة فيه ، أو يحصره في المفيد لهما معاً ؟!

والكلّ تحكّم وجزاف بحكم عموم أدلّة الشروط .

---

(١) قريب من هكذا لفظ ما في درر الحكّام ١ : ٥٨٣ .

الباب الثامن

في بيان الضمانات

ويحتوي على ثلاثة فصول

الفصل الأوّل

في ضمان المنفعة

(مادّة : ٥٩٦) لو استعمل أحد مالاً بدون إذن صاحبه فهو من قبيل الغاصب ، لا يلزمه أداء منافعه ، ولكن إذا كان مال وقف أو يتيم فعلى كلّ حال يلزم أجر المثل ، وإن كان معدّاً للاستغلال فعلى أن لا يكون بتأويل عقد أو ملك يلزم ضمان المنفعة ، يعني : أجر المثل .

مثلاً : لو سكن أحد في دار آخر مدّة بدون عقد إجارة لا تلزمه الأُجرة ، لكن إن كانت تلك الدار وقفاً أو مال يتيم فعلى كلّ حال ، يعني : إن كان ثمّ تأويل ملك وعقد أو لم يكن يلزم أجر مثل المدّة التي سكنها .

وكذلك إن كانت دار كراء ولم يكن ثمّ تأويل ملك وعقد يلزم أجر المثل .

وكذا لو استعمل أحد دابّة الكراء بدون إذن صاحبها يلزم أجر المثل [1] .

---

(١) صدر المادّة في درر الحكّام (١ : ٥٨٤) هكذا :

(لو استعمل أحد مالاً بدون إذن صاحبه فهو من قبيل الغصب ، لا يلزمه أداء منافعه ، ولكن إن كان ذلك المال مال وقف أو مال صغير فحينئذٍ يلزم ضمان المنفعة ـ أي : أجر المثل ـ في كلّ حال ، وإن كان معدّاً للاستغلال يلزمه ضمان المنفعة ـ أي : أجر المثل ـ إذا لم يكن بتأويل ملك

←

قد مرّ عليك كثير من فروع هذا الباب ونظائر هذا الغرض المبتني على القاعدة الأساسية عند الحنفيّة من أنّ : (الأجر والضمان لا يجتمعان) ، وخالفهم الشافعيّة وعامّة الإماميّة (١) .

والقاعدة المزبورة مع أنّها لا تستند إلى أيّ دليل شرعي ولا مدرك [لها] سوى الاستحسان ، وأنّ معنى ضمان العين : دخولها في الملك ، وإذا دخلت العين في ملك إنسان ملك منافعها ، فإذا استوفاها لا يضمن ؛ لأنّه قد ضمن عينها .

وهو ـ كما ترى ـ ممنوع صغرىً وكبرىً ، فلا الضمان ملك ، ولا ملك العين مستلزم ملك المنفعة .

ولو سلّمت كلّ هذه الأباطيل ، فما وجه استثناء الوقف ومال اليتيم ؟!

فلو غصب الوقف أو مال اليتيم ألا يكون ضامناً للعين ؟! فما وجه ضمان المنفعة مع ضمان العين ؟! وهل هذا إلاّ من قبيل ما يقال : سطح بهوائين ؟!

ثمّ سلّمنا كلّ هذه التحكّمات ، فما وجه استثناء المعدّ للاستغلال أيضاً إذا لم يكن بتأويل عقد أو ملك ، فإذا كان بتأويل الملك فلا ضمان ؟!

← أو عقد) .

وفي المصدر المزبور ورد في الذيل : (صغير) بدل : (يتيم) ، ووردت زيادة : (تلزمه) بعد : (حال) .

وقريب منه ما في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٣١٨ ـ ٣٢٠ .

انظر : تبيين الحقائق ٥ : ٢٢١ ، حاشية ردّ المحتار ٦ : ٢٠٦ ـ ٢٠٨ .

(١) تقدّم ذكر ذلك في ج ١ ص ١٩٩ ، وفي هذا الجزء ص ٧١ ـ ٧٢ .

أفليس من الحكم الجزاف والكلام الكيفي ما في :

(مادّة : ٥٩٧) لا يلزم ضمان المنفعة في مال استعمل بتأويل ملك وإن كان معدّاً للاستغلال .

مثلاً : لو تصرّف أحد الشركاء مدّة في المال المشترك بدون إذن شريكه مستقلاً ، فليس للشريك الآخر أخذ حصّته ؛ لأنّه استعمله على أنّه ملكه [1] .

وهذا جزاف ـ كما ترى ـ في صغراه وكبراه ؛ فإنّ الشريك حين يتصرّف في كلّ الدار المشتركة لا يلزمه أن يقصد أنّ الدار بأجمعها ملكه . ولو قصد فليس لقصده أيّ أثر فضلاً عن هذا الأثر الشديد ، وهو إسقاط حقّ شريكه من منافع حصّته .

وحقّاً إنّ الأحناف قد تطرّفوا بهذه الفتوى مدىً بعيداً ، وفتحوا لحلّية غصب أموال الناس باباً واسعاً ! حيث صار بوسع كلّ أحد أن يستأجر داراً أو حانوتاً أو غير ذلك ، ثمّ ينوي به الملكية ، فيكون غاصباً ، وينتفع به مدّة حسب إرادته ، ثمّ يردّه إلى المالك بلا أُجرة ولا بدل المثل . ويكون ذلك

---

(١) ورد : (ولو) بدل : (وإن) ، و : (بالاستقلال) بعد كلمة : (الشركاء) ، ولم ترد كلمة : (مدّة) و : (مستقلاً) ، وورد : (أن يطالبه بأُجرة) بدل : (أخذ) .
كلّ ذلك في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٣٢٠ ـ ٣٢١ .
وورد : (ولو) بدل : (وإن) ، و : (مدّة أحد الشركاء) بدل : (أحد الشركاء مدّة) ، ووردت زيادة كلمة : (أُجرة) بعد كلمة : (أخذ) في درر الحكّام ١ : ٥٨٨ .
لاحظ : المبسوط للسرخسي ١١ : ٧٨ و ٨٠ ، بداية المجتهد ٢ : ٣١٦ ، فتح العزيز ١١ : ٢٦٢ ، شرح العناية للبابرتي ٨ : ٢٨١ ، حاشية ردّ المحتار ٦ : ٢٠٤ ، اللباب ٢ : ١٩٤ ـ ١٩٥ .

حلالاً له .

وهذا حكم لا يسيغه ذوق إنسان ولا يقرّه عقل ولا وجدان ، فكيف تقرّه الشريعة الإسلامية المقدّسة ؟!

ومثلها ، بل أسوأ منها :

(مادّة : ٥٩٨) لا يلزم ضمان المنفعة في مال استعمل بتأويل عقد وإن كان معدّاً للاستغلال .

مثلاً : لو باع أحد لآخر حانوتاً ملكه مشتركاً بدون إذن شريكه ، وتصرّف فيه المشتري ، ثمّ لم يجز البيع الشريك وضبط حصّته ، ليس له أن يطالب بأُجرة حصّته وإن كان معدّاً للاستغلال ؛ لأنّ المشتري استعمله بتأويل العقد ، يعني : حيث إنّه تصرّف فيه بعقد البيع لا يلزم ضمان المنفعة .

كذلك لو باع أحد لآخر رحى على أنّه ملكه وسلّمها ، ثمّ ـ بعد تصرّف المشتري ـ لو ظهر لها مستحقّ وأخذها من المشتري بعد الإثبات والحكم ، ليس له أن يأخذ أُجرة لتصرّفه في المدّة المذكورة ؛ لأنّ في هذا أيضاً تأويل عقد [١] .

---

(١) ورد : (ولو) بدل : (وإن) ، و : (الحانوت الذي يملكه بالاشتراك) بدل : (حانوتاً ملكه مشتركاً) ، و : (المشتري مدّة) بدل : (المشتري) ، و : (الشريك البيع) بدل : (البيع الشريك) ، و : (ولو) بدل : (وإن) ، و : (يلزمه) بدل : (يلزم) ، و : (هذا) بدل : (في هذا) .

كلّ ذلك ورد في درر الحكّام ١ : ٥٨٩ .

ووردت المادّة في شرح المجلّة لسليم اللبناني (١ : ٣٢١) بلفظ :

←

فإنّ تأويل العقد وشبهة الملكية لا تسقط الحقّ الصريح وملكية الشريك القطعية ، وبأيّ وجه مشروع أو معقول يستبيح المشتري منافع حصّة الشريك الذي لم يجز العقد على ماله بغير إذنه ؟! وهل هذا إلاّ أكل مالٍ بالباطل ؟! والشرع ينادي : « لا يحلّ مال إمرئ إلاّ بطيب نفسه » [1] ، [و] : ﴿ إلاّ أنْ تَكُون تجارةً عَن تَراضٍ ﴾ [2] والمنافع أموال ، بل هي ملاك مالية الأعيان ، ولذا تقابل بالأموال .

وهذه الفتوى الجائرة والأحكام المجازفة كلّها إنّما جاءت من آفة العمل بالقياس ، بل والقياس الوهمي ، أو القياس مع الفارق ، أو الاستحسان المخالف للنصّ الصريح والدليل الواضح .

عصمنا الله وإخواننا المسلمين من الزلل في القول والعمل .

← (لا يلزم ضمان المنفعة في مال استعمل بتأويل عقد وإن كان معدّاً للاستغلال .
مثلاً : لو باع واحد من آخر حانوتاً يملكه بالاشتراك مع غيره ، وذلك بدون إذن شريكه وتصرّف فيه المشتري مدّة ، ثمّ لم يجز البيع الشريك الآخر واستردّ حصّته من المبيع ، فليس له أن يطالب بأُجرة حصّته وإن كان الحانوت معدّاً للاستغلال ؛ لأنّ المشتري استعمله بتأويل عقد ، بمعنىٰ : أنّه تصرّف فيه بحكم عقد البيع ، فلا يلزمه من ثمّ ضمان المنفعة .
كذلك لو باع واحد من آخر رحىٰ علىٰ أنّها ملكه وسلّمها ، ثمّ ـ بعد تصرّف المشتري ـ ظهر لها مستحقّ ، فأخذها منه بعد الإثبات والحكم ، فليس له أن يأخذ من المشتري أُجرة الرحىٰ لتصرّفه فيها المدّة المذكورة ؛ لأنّ في هذا أيضاً تأويل عقد) .
انظر حاشية ردّ المحتار ٦ : ٢٠٨ ـ ٢٠٩ .

(١) ورد الحديث بأدنىٰ تفاوت في : تحف العقول ٣٤ ، الغوالي ٢ : ١١٣ ، الوسائل مكان المصلّي ٣ : ١ و٣ (٥ : ١٢٠) .

(٢) سورة النساء ٤ : ٢٩ .

(مادّة : ٥٩٩) لو استخدم أحد صغيراً بدون إذن وليّه أو وصيه ، فإذا بلغ رشده يأخذ أجر مثل خدمته ، ولو توفّي فلورثته أن يأخذوا أجر مثل تلك المدّة من ذلك الرجل (١) .

من المعلوم أنّ استخدام الصغير بدون إذن وليّه غير جائز والمعاملة معه باطلة ، فلو استخدمه أحد فعل حراماً بلا إشكال .

إنّما الإشكال في ضمان تلك المنافع إذا كان الصغير حرّاً ـ كما هو فرض المسألة ـ بناءً على أنّ منافع الحرّ لا تضمن إمّا مطلقاً ، أو التفصيل بين الكسوب وغيره ، أو تضمن مطلقاً (٢) ، كما هو الأقرب في رأينا ؛ لأنّ الحرّ وإن لم يكن مالاً ولكن لا مانع من أنّ منافعه عند حصولها أو العقد عليها تكون أموالاً ، وبهذا صحّ أن يؤجّر نفسه .

وعليه ، فمنافع الصغير إن استوفاها أحد بوجه مشروع أو غير مشروع تضمن ، ويدفع بدلها لوليّه أو له بعد بلوغه ورشده أو لورثته بعد موته ، ولا يجوز إعطاؤها له في حال صغره ولا تحسب له ، وكذا لو أنفقها عليه لباساً وطعاماً ، فإنّه يكون متبرّعاً ، إلاّ إذا أذن وليّه بذلك .

---

(١) ورد : (واحد) بدل : (أحد) ، ولم ترد : (أو وصيه) ، وورد : (كان للصغير ـ متى بلغ ـ أن) بدل : (فإذا بلغ رشده) ، ووردت زيادة : (عن تلك المدّة) بعد : (خدمته) ، و : (الصغير) بعد : (توفّي) في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٣٢١ ـ ٣٢٢ .

ولم ترد : (أو وصيه) ، و : (رشده) ، ووردت زيادة كلمة : (الصغير) بعد : (توفّي) في درر الحكّام ١ : ٥٩٠ .

انظر حاشية ردّ المحتار ٦ : ٢٠٧ ـ ٢٠٨ .

(٢) راجع المسألة في : المسالك ١٢ : ١٥٩ ، الرياض ١٤ : ١٦ ، الجواهر ٣٧ : ٤١ .

الفصل الثاني

في ضمان المستأجر

عرفت أنّ العين المأجورة أمانة مالكية في يد المستأجر ، ومن حكم الأمانات مطلقاً عدم الضمان بغير تعدٍّ وتفريط [1] .

وقد أحسنت (المجلّة) في :

(مادّة : ٦٠٠) المأجور أمانة في يد المستأجر إن كان عقد الإجارة صحيحاً أو لم يكن [2] .

ولكنّه إذا قبضه بإذن المؤجّر في الفاسدة .

أمّا لو قبضها بدون إذنه فهو ضامن مع الفساد مطلقاً .

ويتفرّع على هذه المادّة :

(مادّة : ٦٠١) لا يلزم الضمان إذا تلف المأجور في يد المستأجر ما لم يكن بتقصيره أو بتعدّيه أو بمخالفته المأذونية [3] .

---

(١) وذلك في ص ١٨٢ .

(٢) وردت المادّة نصّاً في درر الحكّام ١ : ٥٩١ .

وورد : (سواء) بدل : (إن) في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٣٢٢ .

لاحظ : كشّاف القناع ٤ : ٣٧ ، الفتاوىٰ الهندية ٤ : ٤٨١ ، اللباب ٢ : ٩٣ .

(٣) ورد : (تعدّيه أو مخالفته لمأذونيته) بدل : (بتعدّيه أو بمخالفته المأذونية) في : شرح←

يعني : أنّ أسباب الضمان ثلاثة :

١ ـ إتلافه بالتعدّي .

٢ ـ تقصيره في حفظه حتّى تلف .

٣ ـ مخالفته للإذن وشروط الإجارة .

فلو اشترط عليه أن لا يحمل على الدابّة أكثر من وزنة ، فحمل عليها الأكثر ، فهلكت ـ ولو بسبب آخر ـ ضمن ؛ لأنّه ـ بمخالفته الشرط ـ خرج عن الأمانة .

وكان ينبغي أن يضمّ إلى أسباب الضمان سبب رابع ، وهو : شرط الضمان مطلقاً وإن كان في صحّة مثل هذا الشرط بحث [1] ، ولكنّ الأقوى الصحّة .

← المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٣٢٢ ، درر الحكّام ١ : ٥٩١ .
راجع : المبسوط للسرخسي ١٥ : ٨٠ ـ ٨١ ، بداية المجتهد ٢ : ٢٣١ ، المغني ٦ : ١١٨ و١١٩ ، المجموع ١٥ : ٩٥ و١٠٠ ، تبيين الحقائق ٥ : ١٣٥ و١٣٨ ، اللباب ٢ : ٩٣ و٩٥ .

(١) حيث اختار الشهيد الثاني البطلان في المسالك ٥ : ١٧٧ .
وقال النجفي معلّقاً : (بل هو الأشهر ، بل المشهور ، بل في جامع المقاصد باطل قطعاً ، بل لم أجد فيه خلافاً ، إلاّ ما يحكىٰ عن الأردبيلي والخراساني من الميل إلىٰ الصحّة ، وتبعهما في الرياض) . (الجواهر ٢٧ : ٢١٦) .
ولاحظ المسألة بتفاصيلها في كتاب الإجارة للأصفهاني ٣٨ ـ ٤٢ .
هذا ما يتعلّق برأي الإماميّة ، أمّا آراء بقية فقهاء المذاهب : فقد منع صحّة هذا الشرط الحنفيّة إذا كان شرط الضمان بسبب لا يمكن التحرّز عنه كالموت فإنّه يبطل ، دون ما أمكن التحرّز عنه كالسرقة فلا يبطل عند أبي يوسف والشيباني ، ويبطل عند أبي حنيفة .
وكذلك منع صحّة هذا الشرط المالكيّة ، وهو أحد الوجهين عند الحنابلة في فساد الإجارة .
انظر : المغني ٦ : ١١٨ ، الشرح الصغير للدردير ٤ : ٤٢ ، الفتاوىٰ الهندية ٤ : ٤٤٢ و ٥٠٠ .

وقد ذكرت (المجلّة) السبب الأوّل في :

(مادّة : ٦٠٢) يلزم الضمان على المستأجر لو تلف المأجور أو طرأ على قيمته نقصان بتعدّيه .

مثلاً : لو ضرب المستأجر دابّة الكراء فماتت منه أو ساقها بعنف وشدّة فهلكت لزمه ضمان قيمتها [١] .

ومن هذا القبيل :

(مادّة : ٦٠٣) حركة المستأجر على خلاف المعتاد تعدّ تفريطاً ، ويضمن الضرر والخسار الذي يتولّد منها .

مثلاً : لو استعمل الألبسة التي استكراها على خلاف عادة الناس وبليت يضمن .

وكذلك احتراق الدار بسبب إشعال النار أزيد من عادة سائر الناس [٢] .

---

(١) قارن : المبسوط للسرخسي ١٥ : ١٧٤ ، المجموع ١٥ : ٥٤ ـ ٥٥ ، مغني المحتاج ٢ : ٣٥٣ ، تبيين الحقائق ٥ : ١١٨ ، الفتاوىٰ الهندية ٤ : ٤٩٣ ، حاشية ردّ المحتار ٦ : ٣٩ ، اللباب ٢ : ٩٢ .

(٢) وردت المادّة في شرح المجلّة لسليم اللبناني (١ : ٣٢٣) بصيغة :

(عمل المستأجر علىٰ خلاف المعتاد تعدٍّ ، ويضمن الضرر والخسار اللذين يتولّدان منه .

مثلاً : لو استعمل الألبسة التي استكراها علىٰ خلاف عادة الناس وبليت يضمن .

كذلك لو احترقت الدار المأجورة بظهور حريق فيها بسبب إشعال المستأجر النار أكثر من المعتاد و زيادة عن سائر الناس يضمن) .

وفي شرح الأُستاذ علي حيدر (درر الحكّام ١ : ٥٩٣) وردت المادّة بألفاظ قريبة لما في شرح اللبناني ، إلاّ بما يتعلّق ببعض المغايرات ، فورد : (حركة) بدل : (عمل) ، و : (الخسارة) بدل :

←

وأشارت إلى السبب الثاني في :

(مادّة : ٦٠٤) لو تلف المأجور بتقصير المستأجر في المحافظة أو طرأ على قيمته نقصان يلزم الضمان .

مثلاً : لو ترك المستأجر دابّة الكراء خالية الرأس وضاعت يضمن [١] .

لأنّه أمين مكلّف بحفظ الأمانة ، فيضمن إذا قصّر بالحفظ المعتاد .

وأشارت إلى الثالث في :

(مادّة : ٦٠٥) مخالفة المستأجر مأذونيته بالتجاوز إلى ما فوق المشروط توجب الضمان ، وأمّا مخالفته بالعدول إلى ما دون المشروط أو مثله لا توجبه .

مثلاً : لو حمل المستأجر خمسين أقة حديداً على دابّة استكراها لأن يحمّلها خمسين أقة سمناً وعطبت يضمن ، وأمّا لو حمّلها حمولة مساوية للدهن في المضرّة أو أخف وعطبت لا يضمن [٢] .

← (الخسار) ، و : (التي تتولّد منها) بدل : (اللذين يتولّدان منه) ، و : (الثياب) بدل : (الألبسة) ، و : (أزيد من) بدل : (أكثر من المعتاد وزيادة عن سائر) .

لاحظ المصادر المتقدّمة في الهامش السابق .

(١) وردت زيادة كلمة : (أمر) قبل كلمة : (المحافظة) ، وورد : (استأجر دابّة وتركها) بدل : (ترك المستأجر دابّة الكراء) في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٣٢٣ .

ووردت الزيادة المذكورة أعلاه ، و : (لزم) بدل : (يلزم) ، و : (حبلها على غاربها) بدل : (خالية الرأس) في درر الحكّام ١ : ٥٩٤ .

راجع الفتاوىٰ الهندية ٤ : ٤٩٣ .

(٢) انظر الفتاوىٰ الهندية ٤ : ٤٩٠ .

أمّا (مادّة : ٦٠٦) [١] فهي من توابع ما تقدّم في (مادّة : ٥٩١) و[مادّة] : ٥٩٢) و(مادّة : ٦٠٠) [٢]، وحقّها أن تذكر في إحدى تلك المواد .

(١) ونصّها ـ علىٰ ما في درر الحكّام ١ : ٥٩٦ ـ هو :

(يبقىٰ المأجور ـ كالوديعة ـ أمانة في يد المستأجر عند انقضاء الإجارة كما كان .

وعلى هذا ، لو استعمل المستأجر المأجور بعد انقضاء مدّة الإجارة وتلف يضمن .

كذلك لو طلب الآجر ماله عند انقضاء الإجارة من المستأجر ولم يعطه إيّاه ثمّ بعد الإمساك تلف يضمن) .

قارن : حاشية الجمل علىٰ شرح المنهج ٣ : ٥٥٤ ، الفتاوىٰ الهندية ٤ : ٤٢١ و ٤٣٨ .

(٢) تقدّمت هذه المواد في ص ١٨٠ و ١٩١ .

الفصل الثالث

في ضمان الأجير

هذا الفصل معقود لتلف المستأجر فيه ، والذي قبله كان لبيان تلف المأجور ، وحيث إنّ الملاك في المقامين متّحد كان الأنسب بالتحرير جمعهما في مقام واحد ، فإنّ تلك الأسباب بعينها هي أسباب ضمان المستأجر فيه .

فإذا أعطيت الخيّاط ثوباً ليخيطه فأتلفه أو قصّر في حفظه حتّى تلف أو تعدّى الإذن أو الشرط كان ضامناً .

وكذا لو غرّه وقال : يتّسع لصنعه قباءً ، فظهر خلاف ذلك .

ولا فرق في ذلك بين الأجير الخاصّ والمشترك ، ولا حاجة إلى تكثير الأمثلة وتكرار المواد والفصول ، ولا نجد وجهاً مقبولاً أو معقولاً للفرق بينهما .

وما يقال من أنّنا لو قلنا : بأنّ الأجير المشترك لا يضمن التلف الحاصل من عمله ـ يباشر بتقبيل أعمال فوق طاقته ويضرّ بالمستأجرين [1] ـ ففساده غني عن البيان .

---

(١) لاحظ درر الحكّام ١ : ٥٩٨ .

وتنقيح القول على الإجمال في ضمان الأجير ما يعمل فيه : أنّ القاعدة تقتضي عدم ضمانه كالمستأجر بالنسبة إلى العين ، إلاّ مع التعدّي والتفريط أو التغرير ، فالقصّار والنجّار والبيطار والخيّاط والصائغ وسائر أرباب المهن والصنائع حتّى الحمّال والمكاري للنقل والحمل لا يضمنون ما يتلف أو يعاب بأيديهم من أموال الناس ، إلاّ بالإتلاف أو الشرط أو التفريط في الحفظ أو التقصير في العمل أو التغرير بأن يقول له المستأجر : إن كان هذه القطعة من القماش تكفي جبّة ففصّلها ، فقال : نعم ، تكفي ، ففصّلها ، فظهر أنها لا تكفي .

ولا فرق بين أن يشترط عليه أو يسأله ، فيقول : نعم ، إذا كان مغروراً منه .

أمّا مع عدم شيء من هذه الأسباب فلا ضمان ؛ لأنّه أمين ، كالعين في يد المستاجر لاستيفاء المنفعة .

ولكن ذهب أكثر الفقهاء إلى أنّ الخيّاط والقصّار إذا أفسد [ا] الثوب ضمن [ا] [١] ، وكذا الختّان والحجّام والكحّال والبيطار وكلّ من آجر نفسه لعمل في مال المستأجر إذا أفسده كان ضامناً وإن كان بغير قصده [٢] ؛ لعموم : « من أتلف . . . » ، وللصحيح عن الصادق عليه السلام : في الرجل يعطى الثوب ليصبغه ، فقال عليه السلام : « كلّ عامل أعطيته على أن يصلح فأفسد فهو

---

(١) ادّعي الإجماع عليه في : الانتصار ٤٦٦ و٤٦٨ ، الجواهر ٢٧ : ٣٢٢ .

(٢) ادّعي الإجماع عليه في الخلاف ٣ : ٥٠٣ .

وحكىٰ المزني من الشافعيّة أنّ أحداً من الفقهاء لم يذهب إلىٰ القول بتضمينهم .

انظر : مختصر المزني ١٢٧ ، المغني ٦ : ١٢٠ .

ضامن » [١] .

ويظهر منهم إطلاق الضمان حتّى مع عدم التعدّي والتفريط [٢] ، بل قالوا : بضمان الطبيب المباشر للعلاج إذا أضرّ وإن كان حاذقاً ، إلاّ مع أخذ البراءة وعدم التقصير [٣] ، وأفرطوا حتّى قالوا : بضمان الحمّال إذا عثر وزلق فوقع وانكسر ما كان يحمله [٤] ، كلّ ذلك لقاعدة الإتلاف .

وصدق الإتلاف في كثير من هذه الموارد مشكل ، والصحيح ناظر إلى من أفسد عن تقصير وتسامح .

ولذا لم يحكموا في ما لو استأجر دابّة لحمل متاع فعثرت وتلف أو نقص بضمان صاحبها ، إلاّ إذا كان هو السبب في عثرتها بضرب زائد أو نخس [٥] ، وكذا في السفينة لو غرق متاعها وسرق [٦] .

واذا استؤجر لحفظ متاع فسرق لم يضمن ، إلاّ مع التقصير في الحفظ أو الشرط .

نعم ، لو غلبه النوم فسرق قد يعدّ ذلك تقصيراً فيضمن ، لكنّه مشكل .

---

(١) في الوسائل الإجارة ٢٩ : ١٩ (١٩ : ١٤٧) وردت زيادة في الحديث ، حيث ورد : (فيفسده) بعد : (ليصبغه) ، و : « أجراً » بعد : « أعطيته » .
ولاحظ الفقيه ٣ : ٢٥٣ .

(٢) قارن الانتصار ٤٦٦ .

(٣) انظر : الشرائع ٢ : ٤٢٢ ، التنقيح الرائع ٢ : ٢٦٠ ، جامع المقاصد ٧ : ٢٦٨ ، المسالك ٥ : ٢٢٣ .

(٤) راجع : المهذّب ١ : ٤٩٠ ، الجواهر ٢٧ : ٣٢٦ .

(٥) نخس الدابّة : غرز جنبها أو مؤخّرها بعود أو نحوه . (لسان العرب ١٤ : ٨٣) .

(٦) لاحظ الجواهر ٢٧ : ٢٨٨ .

وعلى كلّ حال ، لو سرق لم يستحق الأُجرة إن كانت الإجارة على الحفظ ، أمّا لو كانت على النطارة والنظارة ـ ولو لداعي الحفظ ـ وقد قام بهما على العادة استحقّها .

كما أنّ صاحب الحمّام لا يضمن الثياب ؛ لأنّ الأُجرة إنّما هي للحمّام فقط لا له وللحفظ .

نعم ، لو وضعها إلى جنبه بصفة الأمانة وجب عليه حفظها ، فلو قصّر في الحفظ ضمن .

والقصارى : أنّك عرفت أنّ كلاً من المستأجر والأجير بالنسبة إلى العين ومحلّ العمل أمين ، و [مقتضىٰ] قاعدة الائتمان عدم الضمان [١] ، إلاّ إذا خرج عن الأمانة بأحد الأسباب المتقدّمة ، فالأصل الأوّلي الذي يرجع إليه في موارد الشكّ هو عدم الضمان حتّى يتحقّق حصول السبب .

ومن جميع ذلك يتّضح القول في مواد هذا الفصل .

أمّا :

(مادّة : ٦٠٧) لو تلف المستأجر فيه بتعدّي الأجير أو تقصيره يضمن [٢] .

---

(١) تقدّمت هذه القاعدة في ج ١ ص ٢٥٢ ـ ٢٥٣ .

(٢) ورد : (و) بدل : (أو) في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٣٢٦ .

ووردت المادّة نصّاً في درر الحكّام ١ : ٥٩٧ .

قارن : المغني ٦ : ١٠٨ و١٠٩ ، تبيين الحقائق ٥ : ١٣٨ ، نهاية المحتاج ٥ : ٣٠٨ ، كشّاف القناع ٤ : ٢٥ ، الشرح الصغير للدردير ٤ : ٤١ ـ ٤٢ .

فلا إشكال فيها .

كما لا إشكال في :

(مادّة : ٦٠٨) تعدّي الأجير هو : أن يعمل عملاً أو يتحرّك حركة مخالفين لأمر الآجر صراحة كان أو دلالة . . . الخ [١] .

ومثلها :

(مادّة : ٦٠٩) تقصير الأجير هو : قصوره في محافظة المستأجر فيه بلا عذر .

مثلاً : لو فرّت الشاة ولم يذهب الراعي لقبضها تكاسلاً وإهمالاً يضمن ؛ حيث إنّه يكون مقصّراً ، وإن كان عدم ذهابه قد نشأ عن غلبة احتمال ضياع الشياه الباقيات عند ذهابه يكون معذوراً ولا يلزم الضمان [٢] .

---

(١) ورد : (يتصرّف تصرّفاً) بدل : (يتحرّك حركة) ، و : (المؤجّر) بدل : (الآجر) في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٣٢٦ .

وورد : (مخالفتين) بدل : (مخالفين) ، ولم ترد كلمة : (كان) في درر الحكّام ١ : ٦٠٠ .

وتكملة المادّة ـ علىٰ ما في المصدر المزبور ـ هي :

(مثلاً : بعد قول المستأجر للراعي الذي هو أجير خاصّ : ارع هذه الدواب في المحلّ الفلاني ولا تذهب بها إلىٰ محلٍّ آخر ، فإن لم يرعها الراعي في ذلك المحلّ وذهب بها إلىٰ محلٍّ آخر ورعاها يكون معتدياً ، فإن عطبت الدواب عند رعيها هناك يلزم الضمان علىٰ الراعي .

كذلك لو أعطى أحد قماشاً إلىٰ خيّاط وقال : إن خرج قباءً فصّله ، وقال الخياط : يخرج ، وفصّله ، فإن لم يخرج قباءً له أن يضمّن الخيّاط القماش) .

لاحظ الفتاوىٰ الهندية ٤ : ٤٩٣ ـ ٤٩٤ .

(٢) وردت المادّة في شرح المجلّة لسليم اللبناني (١ : ٣٢٨) بصيغة : ←

إنّما الإشكال والمنع في المادّتين الأخيرتين :

(مادّة : ٦١٠) الأجير الخاصّ أمين حتّى إنّه لا يضمن المال الذي تلف في يده بغير صنعه ، وكذا لا يضمن المال الذي يعمله بلا تعدٍّ أيضاً [١] .

و**(مادّة : ٦١١) الأجير المشترك يضمن الضرر والخسار الذي تولّد عن فعله وصنعه إن كان بتقصيره أو لم يكن** [٢] .

← (تقصير الأجير هو عدم اعتنائه في محافظة المستأجر فيه بلا عذر .
مثلاً : لو ندّت شاة من الغنم ولم يذهب الراعي ليردّها تكاسلاً منه وإهمالاً يضمن ؛ لأنّه يكون مقصّراً ، وإن كان عدم ذهابه لأنّه غلب عنده احتمال ضياع الشياه الباقية إذا ذهب كان معذوراً ولا يلزمه الضمان) .

ووردت في درر الحكّام (١ : ٦٠٣) بصيغة :

(تقصير الأجير هو قصوره في المحافظة على المستأجر فيه بلا عذر .
مثلاً : إذا فرّ من القطيع رأس غنم لعدم لحاق الراعي له تكاسلاً وإهمالاً ، فضاع ـ لذلك ـ رأس الغنم ، فيضمن الراعي ؛ لتقصيره .
أمّا إذا كان عدم لحاقه له ناشئاً من غلبة احتمال ضياع الغنم الباقية لا يلزمه ضمان ؛ لأنّه معذور) .

انظر : المبسوط للسرخسي ١٥ : ١٦١ و ١٦٢ ، نهاية المحتاج ٥ : ٣٠٨ ، كشّاف القناع ٤ : ٢٥ ، الفتاوى الهندية ٤ : ٥٠٩ و ٥١٠ ، الشرح الصغير للدردير ٤ : ٤١ ـ ٤٢ .

(١) ورد : (تلف بعمله) بدل : (يعمله) في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٣٢٩ .

ووردت المادّة في درر الحكّام (١ : ٦٠٤) بصيغة :

(الأجير الخاصّ أمين . فلا يضمن المال الهالك بيده بغير صنعه ، وكذلك لا يضمن المال الهالك بعمله بلا تعدٍّ) .

راجع : حاشية الشلبي على تبيين الحقائق ٥ : ١٣٨ ، كشف القناع ٧٥ ـ ٧٩ .

(٢) وردت زيادة : (بتعدّيه) بعد : (كان) في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٣٣٠ .

ووردت كذلك هذه الزيادة ، وبتغيير : (الذي تولّد عن فعله وصنعه) إلى : (التي تولّدت عن فعله ←

....

← ووصفه) في درر الحكّام ١ : ٦٠٦ .
قارن حاشية الشلبي علىٰ تبيين الحقائق ٥ : ١٣٤ .
هذا ، وقد اتّفق الفقهاء علىٰ أنّ الأجير المشترك إذا تلف عنده المتاع بتعدٍّ وتفريط جسيم فإنّه يضمن ، أمّا إذا تلف بغير هذين ففيه تفصيل بين بقية المذاهب :
فالحنابلة وأبو يوسف والشيباني : اعتبروا التلف بفعله ـ سواء كان عن قصد أو غير قصد أو بتقصيره أو دونه ـ موجباً للضمان .
ومثل ذلك : إذا كان التلف بغير فعله وكان من الممكن دفعه والتحرّز عنه ، كالسرقة العادية والحريق العادي .
وإلىٰ هذا ذهب بعض متأخّري المالكيّة ، وهو قول للشافعية .
ومتقدّموا المالكيّة وزفر ذهبوا إلىٰ : عدم التضمين . وهو قول للشافعية أيضاً .
وذهب أبو حنيفة والحسن والمرغيناني وقاضي خان إلىٰ : الضمان إذا كان التلف بفعله أو بفعل تلميذه سواء قصد أم لا ، وإلىٰ عدم الضمان إذا كان بفعل غيره .
وذهب ابن أبي ليلىٰ إلىٰ : تضمين الأجير المشترك مطلقاً في جميع الأحوال .
لاحظ : المهذّب للشيرازي ١ : ٤٠٨ ، الهداية للمرغيناني ٣ : ٢٤٤ ، المغني ٦ : ١٠٧ ـ ١٠٩ ، الفروق للقرافي ٤ : ٣٠ ، كشّاف القناع ٤ : ٣٤ ، الشرح الصغير للدردير ٤ : ٤١ وما بعدها ، الفتاوىٰ الهندية ٤ : ٥٠٠ ، حاشية الدسوقي علىٰ الشرح الكبير ٤ : ٢٨ ، حاشية ردّ المحتار ٦ : ٦٤ و ٦٧ و ٦٩ .
وللشيخ الطوسي تقرير آخر للمسألة ، حيث قال : (إذا انفرد الأجير في غير ملك المستأجر ، فتلف الشيء الذي استؤجر فيه بتقصير منه أو بشيء من أفعاله أو بنقصان من صنعته ، فإنّه يلزمه ويكون ضامناً سواء كان الأجير مشتركاً أو منفرداً .
وقال أبو حنيفة في الأجير المشترك مثل ما قلناه . وذلك مثل : أن يدقّ القصّار الثوب فينخرق أو يقصره فيتمزّق ، فيكون عليه الضمان . وبه قال أحمد وإسحاق .
[لاحظ : المبسوط للسرخسي ١٥ : ٨٠ ـ ٨١ ، بداية المجتهد ٢ : ٢٣١ ، تبيين الحقائق ٥ : ١٣٥ و ١٣٨ ، اللباب ٢ : ٩٣ و ٩٥] .
وقال أبو يوسف ومحمّد : إن تلف بأمر ظاهر لا يمكن دفعه ـ كالحريق المنتشر واللهب الغالبة ـ
←

فإنّ الأجير الخاصّ إذا كان لا يضمن لأنّه أمين فالأجير المشترك أمين، فحقّه أن لا يضمن أيضاً، فما وجه التفصيل بالضمان بينهما؟ كما عرفته قريباً موضّحاً.

وإلى هنا انتهت مواد (المجلّة) من مباحث الإجارة، وقد بقيت مسائل مهمّة لم تتعرّض لها أو أشارت إليها بصورة مجملة يلزم بيانها:

الأُولىٰ: إنّ صورة امتناع الانتفاع بالعين المأجورة وأنواعه كثيرة، وحيث

← فإنّه لا يضمنه، وإن تلف بأمر يمكنه دفعه ضمنه.

[راجع: المبسوط للسرخسي ١٥: ٨٠ ـ ٨١، تبيين الحقائق ٥: ١٣٤ و١٣٨، الفتاوى الهندية ٤: ٥٠٠].

وأمّا الأجير المنفرد فلا ضمان عليه عندهم.

[انظر المصادر المتقدّمة].

وللشافعي فيه قولان:

أحدهما: أنّه إذا انفرد بالعمل في غير ملك المستأجر فإنّه يكون ضامناً متىٰ تلف بأيّ شيءٍ، تلف بالسرقة أو بالحريق، أو شيء من فعله أو غير فعله.

وهو قول مالك وابن أبي ليلىٰ والشعبي.

[قارن: بداية المجتهد ٢: ٢٣١، المجموع ١٥: ٩٥].

والآخر: أنّه لا ضمان عليه سواء كان منفرداً أو مشتركاً، وقبضه قبض أمانة.

وهو قول عطاء وطاووس.

[لاحظ: المغني ٦: ١٠٧ ـ ١٠٩ و١١٨، المجموع ١٥: ٩٥ و ١٠٠].

وقال الربيع: كان الشافعي يعتقد أنّه لا ضمان علىٰ الصنّاع بتّة.

[راجع: الأُم ٤: ٣٨، المغني ٦: ١٠٧ ـ ١٠٩ و١١٨، المجموع ١٥: ٩٦]).

(الخلاف ٣: ٥٠١ ـ ٥٠٢).

هذا، وقد وضع الفقيه المالكي الحسن بن رحّال المعداني المتوفّى سنة ١١٤٠ هـ كتاباً في هذه المسألة ومتعلّقاتها سمّاه: (كشف القناع عن تضمين الصنّاع) طبع أخيراً في دار البشائر الإسلامية في بيروت بتحقيق د. محمّد أبي الأجفان، فإن شئت فراجعه.

إنّ أكثرها قد تقدّم متفرّقاً في عدّة مواد وجدنا من حسن التحرير أن نـنظّم شتاتها في سلك واحد كعقد متلائم ، فنقول :

إنّ امتناع تمام الانتفاع إمّا أن يكون لتلف العين ، أو لتعيّبها ، أو لسبب آخر مع سلامتها .

أمّا التلف فإن كان سماوياً فهو موجب للفسخ بجميع أنواعه بعد القبض أو قبله في الأثناء أو قبل الشروع في الاستيفاء .

غايته أنّه لو كان في الأثناء وزّعت الأُجرة المسمّاة على الماضي والباقي بالنسبة ، فأخذ المستأجر حصّة ما بقي ، ودفع للمؤجّر حصّة ما مضى ، ويمكن الفسخ في الجميع وأخذ بدل المثل عن الماضي .

وإن كان بإتلاف متلف ، فإن كان هو المؤجّر ضمن المثل أو القيمة للمستأجر ، يعني : قيمة المنفعة .

ولو قيل : إنّ للمستأجر الخيار بين الفسخ واسترداد الأُجرة المسمّاة أو الإمضاء وأخذ القيمة كان سديداً .

وإن كان هو المستأجر ضمن العين ، ولزمته الأُجرة المسمّاة ، وكان إتلافه بمنزلة الاستيفاء .

وإن كان المتلف أجنبياً ضمن العين للمؤجّر والمنفعة للمستأجر .

أمّا في العمل فتبطل الإجارة مطلقاً ؛ لزوال الموضوع .

وإن كان المانع هو العيب فهو موجب لخيار المستأجر مطلقاً سواء كان قبل العقد أو بعده قبل القبض أو بعده .

فلو فسخ في أثناء المدّة دفع من الأُجرة المسمّاة بالنسبة عمّا مضى .

أمّا لو كان المانع غير التلف والعيب ، فإمّا أن يكون من المؤجّر بامتناعه من تسليم العين وعدم التمكّن من جبره بحاكم أو نحوه ، أو سلّمها ثمّ انتزعها ، أو حال بين المستأجر وبين الانتفاع ، فهو في الجميع ضامن للمنفعة أو القيمة .

ولو قيل : بالخيار للمستأجر كان أصوب .

وإمّا إن يكون من المستأجر ، فإن كان لعذر كمرض يمنعه الركوب مثلاً ، أو زوال مرض ، كما لو استأجره على قلع ضرسه فزال الألم ، وأمثال ذلك ، فالمسألة مشكلة .

والقول : بالبطلان في الابتداء أو في الأثناء للتعذّر وتنزيل العذر الخاصّ منزلة العامّ [1] قريب جداً وإن كان لا يخلو من نظر .

أمّا لو تركها لا لعذر فقد لزمته الأُجرة .

وأمّا لو كان المانع أجنبياً ـ كظالم أو غاصب أو غيرهما ـ فإن كان قبل القبض تخيّر بين الرجوع على المؤجّر بالأُجرة أو الرجوع على الظالم بالبدل ، وإن كان بعده فلا رجوع له على المؤجّر ، وتعيّن الرجوع على الأجنبي .

وإن كان المانع عذراً عامّاً ـ كنزول ثلج أو قيام حرب وما إلى ذلك ـ فالبطلان ابتداءً أو في الأثناء ، وتتوزّع الأُجرة .

---

(١) انظر الجواهر ٢٧ : ٢٧٧ .

هذا هو التحرير الشافي المستوعب لجميع فروع القضية باختصار ، ويجوز أن يكون قد فاتنا شيء ، ولمن يستدركه علينا المحمدة والشكر ، وبالله التوفيق .

الثانية : لم تذكر (المجلّة) بطلان الإجارة أو عدمه بموت المؤجّر أو المستأجر مع أنّها من مواضع الخلاف بين فقهاء المذاهب [1] كاختلاف

---

(١) يرىٰ الحنفيّة : أنّ الإجارة تنقضي بموت أحد العاقدين ، كما تنقضي بموت أحد المستأجرين أو أحد المؤجّرين في حصّته فقط . (الهداية للمرغيناني ٣ : ٢٥٠ ، الفتاوىٰ الهندية ٤ : ٤٥٩) .
وقال زفر : (تبطل في نصيب الحي أيضاً ؛ لأنّ الشيوع مانع من صحّة الإجارة ابتداءً ، فيعطىٰ حكمه) .
ورجّح الزيلعي الرأي الأوّل ، وقال : (لأنّ الشروط يراعىٰ وجودها في الابتداء دون البقاء) . (تبيين الحقائق ٥ : ١٤٥) .
وعلّل هو لانفساخ الإجارة بالموت ، فقال : (إنّ العقد ينعقد ساعة فساعة بحسبّ حدوث المنافع ، فإذا مات المؤجّر فالمنافع التي تستحقّ بالعقد هي التي تحدث علىٰ ملكه ، وقد فات بموته ، فتبطل الإجارة ؛ لفوات المعقود عليه ؛ لأنّ رقبة العين تنتقل إلىٰ الوارث والمنفعة تحدث علىٰ ملكه ، فلم يكن هو عاقداً ولا راضياً به ، وإذا مات المستأجر فلو بقي العقد إنّما يبقىٰ علىٰ أن يخلفه وارثه ، والمنفعة المجرّدة لا تورّث) . (تبيين الحقائق ٥ : ١٤٤) .
ولا يظهر الانفساخ إلاّ بالطلب ، فلو بقي المستأجر ساكناً بعد موت المؤجّر غرّمه الآجر لمضيه في الإجارة ، ولا يظهر الانفساخ إلاّ إذا طالبه الوارث بالإخلاء ، وإذا مات المؤجّر والدابّة أو ما يشبهها في الطريق تبقىٰ الإجارة حتّىٰ يصل المستأجر إلىٰ مأمنه ، وإذا مات أحد العاقدين والزرع في الأرض بقىٰ العقد بالأجر المسمّىٰ حتّى يدرك . (حاشية ردّ المحتار ٦ : ٨٣ ـ ٨٥) .
وذهب بعض فقهاء التابعين ـ كالشعبي والثوري والليث ـ إلىٰ ما ذهب إليه الحنفيّة من القول : بانفساخ الإجارة بموت المؤجّر أو المستأجر ؛ لأنّ المؤجّر بطل ملكه بموته فيبطل عقده ، كما أنّ ورثة المستأجر لا عقد لهم مع المؤجّر ، والمنافع المتجدّدة بعد موت مورّثهم لم تكن ضمن تركته . (المغني ٦ : ٤٢) .

←

فقهائنا فيها ، ولكن استقرّت فتوى المتأخّرين منّا على عدم بطلانها أصلاً بموت أحدهما ولا بموتهما ، وتنتقل الأُجرة إلى ورثة المؤجّر لو مات ، والمنفعة إلى ورثة المستأجر [١] .

نعم ، في الإجارة المقيّدة بالمباشرة تبطل من حين الموت ، لا من أصلها ، وتتوزّع الأُجرة .

وكذا لو آجر المرتزقة العين الموقوفة وقفاً ترتيبياً ، وماتوا في أثناء المدّة ، فإنّ إجارتهم تبطل ؛ لانتقال الحقّ إلى البطن اللاحق ، وملكيتهم محدودة ، إلاّ إذا كان إيجارهم لمصلحة الوقف ، فإنّها تبقى إلى تمام مدّتها .

وكذا لو أوصى لرجل بالمنفعة مدّة حياته ، ومات في أثناء الإجارة .

أمّا الأُجرة على العمل فلا تبقى ، بل يجب على الورثة الإتيان بالعمل المستأجر عليه .

أمّا لو اشترط عمله بنفسه أو سكناه بذاته فمات ، فللمؤجّر الخيار ، ولو كان على نحو التقييد بطلت .

ولو آجر الولي الصبي مدّة ، وبلغ في أثنائها وصار رشيداً ، فيحتمل

← وفي قول عند الشافعيّة : إنّها تبطل بالموت في إجارة الوقف . (مغني المحتاج ٢ : ٣٥٦) .
والجمهور على أنّ الإجارة لا تنفسخ بموت أحد المتعاقدين ؛ لأنّها عقد لازم لا ينقضي بهلاك أحدهما مادام ما تستوفى به المنفعة باقياً .
وإليه ذهب مالك والشافعي وإسحاق والبتي وأبو ثور وابن المنذر ، كما حكي عن الصحابة والتابعين . (بداية المجتهد ٢ : ٢٣٠ ، المغني ٦ : ٤٢ ، مغني المحتاج ٢ : ٣٥٦) .

(١) تقدّم ذكر ذلك والتعليق عليه في ص ٣٠ (الهامش الثالث) .

البطلان في الزائد ، ويحتمل الصحّة ، ويحتمل وقفها على الإجازة [١] ، وهو الأقرب ، إلاّ إذا كانت مصلحته في ذلك الوقت تقتضي إجارته تلك المدّة المعيّنة ، فإنّها تلزم ، ولا حقّ له في فسخها .

ويشبه ذلك : ما لو آجر العبد وأعتقه في أثناء المدّة ، أو آجر الدار وباعها في الأثناء كما سيأتي [٢] ، أو آجرت المرأة نفسها ثمّ تزوجت ، فإنّ الجميع لازم لا فسخ فيه .

ونفقة العبد في تلك المدّة إمّا على المولى الذي استوفى منافعه فيها [٣] ، أو في كسبه إن أمكنه الكسب مع الخدمة [٤] ، أو على ذمّته [٥] ، أو من بيت

---

(١) ذكر الفقهاء ـ عند التعرّض للمسألة ـ : أنّ الصبي إذا بلغ فإمّا أنّ له حقّ الفسخ ـ بمعنىٰ : يتخيّر في الفسخ والإمضاء ـ أو لا .

فممّن ذهب للأوّل : العلاّمة الحلّي في المختلف ٦ : ١٢٤ ، والمحقّق الكركي في جامع المقاصد ٧ : ٩٩ ، والشهيد الثاني في المسالك ٥ : ٢٢٨ .

وممّن ذهب للثاني : الشيخ الطوسي في الخلاف ٣ : ٥٠٠ ، وابن إدريس الحلّي في السرائر ٢ : ٤٧٢ .

أمّا بقية فقهاء المذاهب : فقد ذهب أبو حنيفة إلىٰ : أنّ له الفسخ ، وللشافعي قولان ، والصحيح عند النووي الصحّة .

راجع : بدائع الصنائع ٦ : ٣٣ ، المجموع ١٥ : ٨٨ و٩٣ ، الشرح الكبير ٦ : ٤٤ ـ ٤٥ .

(٢) سيأتي ذلك في المسألة الثالثة عمّا قريب .

(٣) ذهب إليه : العلاّمة الحلّي في : إرشاد الأذهان ١ : ٤٢٥ (ولكنّه قال : على إشكال) ، وقواعد الأحكام ٢ : ٢٨٤ (ولكنّه ذكر : أنّها علىٰ المستأجر مع الشرط ، وإلاّ فعلىٰ المعتق) ، وكذلك ولده فخر المحقّقين في الإيضاح ٢ : ٢٤٧ .

(٤) حكاه النجفي في الجواهر ٢٧ : ٣٣٣ .

(٥) استحسنه النجفي في الجواهر ٢٧ : ٣٣٣ .

المال [١] ، أو على المسلمين كفاية [٢] ، أو على مستأجره ويستوفيه منه بعد انتهاء المدّة [٣] ، هو الأقرب .

أمّا الزوجة فنفقتها على الزوج مع التمكين وإن كانت الخدمة لغيره .

الثالثة : يجوز للمؤجّر بيع العين المأجورة في أثناء مدّة الإجارة ، فالمشتري يملك رقبة العين مسلوبة المنفعة تلك المدّة ، والمستأجر يملك المنفعة ، ولا تزاحم بينهما .

ولكن لو كان المشتري جاهلاً بالإجارة كان له الخيار ؛ لأنّه نقص في العين معنىً وإن لم يكن نقصاً صورةً ، وليس هو عيباً ، ولذا ليس له المطالبة بالأرش ، بل إمّا الإمضاء وإمّا الفسخ ، كسائر الخيارات غير خيار العيب .

ولو كان عالماً وأقدم فلا خيار .

أمّا لو اعتقد أنّها ـ مثلاً ـ سنة ثمّ بان أنّها سنتان كان له الخيار على إشكال .

ولو فسخ المستأجر رجعت المنفعة إلى البائع لا إلى المشتري .

نعم ، لو اعتقد البائع والمشتري بقاء المدّة ثمّ انكشف انقضاؤها فالأقوى أنّها للمشتري ؛ لتبعية المنفعة للعين سواء شرطا كونها مسلوبة المنفعة أو تبانيا عليه ، ولا يثبت للبائع خيار إلاّ مع الغبن .

---

(١) ذهب إليه : العلاّمة الحلّي في التذكرة ٢ : ٣٢٨ ، والمحقّق الكركي في جامع المقاصد ٧ : ١٠٢ ، والمحدّث البحراني في الحدائق ٢١ : ٦٢٧ ، والشيخ الأصفهاني في كتاب الإجارة ٢٩٧ .

(٢) نقله النجفي عن الحواشي وجامع المقاصد وإيضاح النافع والمسالك في الجواهر ٢٧ : ٣٣٣ .

(٣) اختاره النجفي في الجواهر ٢٧ : ٣٣٣ .

هذا كلّه لو بيعت على غير المستأجر .

أمّا لو بيعت عليه ، فهل تنفسخ الإجارة أو تبقى ؟ وجهان [١] .

وتظهر الثمرة حينئذٍ في أُمور :

[**أوّلها و**] أظهرها : استحقاق الأُجرة والثمن معاً للبائع وعدمه .

ثانيها : بقاء ملكيته للمنفعة لو فسخ البيع بأحد أسبابه .

ثالثها : إرث الزوجة من المنفعة في ما لا ترث من عينه .

رابعها : رجوع المشتري بالأُجرة لو تلفت العين قبل القبض وقبل انقضاء مدّة الإجارة ؛ فإنّ تلف العين في الإجارة يوجب الرجوع بالأُجرة .

أمّا لو قلنا ببطلانها بالبيع فلا رجوع ، بل يرجع بالثمن فقط .

ولو وقع البيع منه والإجارة من وكيله في وقت واحد فالأقوى صحّتهما معاً ؛ لقاعدة : (إعمال السببين) ، ويثبت للمشتري الخيار .

---

(١) قال بانفساخ الإجارة العلاّمة الحلّي في إرشاد الأذهان ١ : ٤٢٦ ، ولكنّه قال : (علىٰ إشكال) .
وقال بعدم الانفساخ : الشيخ الطوسي في الخلاف ٣ : ٤٩٩ ، والشهيد الثاني في المسالك ٥ : ١٧٤ ، والمحدّث البحراني في الحدائق ٢١ : ٥٣٦ ، والسيّد الطباطبائي في الرياض ١٠ : ١٠ ، والنجفي في الجواهر ٢٧ : ٢٠٦ .
وعند أحمد بن حنبل يصحّ البيع مطلقاً .
وللشافعي قولان ، ويقول بعدم البطلان إذا كان علىٰ أجنبي ، فأمّا إذا باع العين المستأجرة علىٰ المستأجر فالبيع صحيح عنده قولاً واحداً .
وقال أبو حنيفة : إنّ البيع يكون موقوفاً علىٰ رأي المستأجر ، فإن رضي به بطلت إجارته وصحّ البيع ، وإن لم يرض به وردّه بطل البيع وبقيت الإجارة .
لاحظ : المغني ٦ : ٤٦ ـ ٤٧ ، المجموع ١٥ : ٨٧ و٨٩ ، مغني المحتاج ٢ : ٣٦٠ .

الرابعة : إذا تبيّن بطلان الإجارة قبل استيفاء شيء فلا إشكال ، وإن كان بعد الاستيفاء كان للمالك المؤجّر بدل المثل عمّا استوفاه المستأجر من المنفعة أو ما عمله من عمل .

هذا إذا كان المؤجّر جاهلاً .

أمّا لو كان عالماً فالمشهور ـ عندنا ـ أنّه لا شيء له ؛ لأنّه ـ بتسليمه مع علمه بالفساد ـ قد سلّطه وأسقط حرمة ماله [١] .

وهذه عند أصحابنا قضية سيّالة وقاعدة مطّردة في كلّ ما هو من هذا القبيل .

مثلاً : لو سلّم البائع المبيع مع علمه بفساد البيع فإن كان موجوداً استردّه ، وإن أتلفه المشتري استردّ الثمن من البائع ، ولا يرجع عليه بشيء ؛ لأنّه سلّطه على إتلاف ماله .

وعلى هذا السبيل نهجوا في سائر العقود .

وهي ـ لعمر الحقّ ـ طريقة غير مستقيمة ، بل عليلة سقيمة ! فإن البائع هناك والمؤجّر هنا ما سلّطا المشتري والمستأجر على إتلاف المال مجّاناً وإنّما سلّطاه بالعوض ، وكون الشارع لم يمض تلك المعاملة لا يقلب الواقع عمّا هو عليه من أنهما لم يسلّطا إلاّ بالعوض .

وبالجملة : فقاعدة : (احترام مال المسلم) [٢] وأنّه : « لا يحلّ مال إمرئ

---

(١) انظر الرياض ١٠ : ٤٤ .

(٢) تقدّمت في ج ١ ص ٢٥٠ .

إلاّ بطيب نفسه » تقتضي غرامة المال على من أتلفه ، إلاّ مع التسليط المجّاني المفقود في باب المعاوضات بالضرورة ، وإن كانت فاسدة فالحقّ ـ عندنا ـ الضمان بالبدل في جميع العقود الفاسدة حتّى لو باع المسلم ماله بالخمر والخنزير [١] .

وهكذا ذكروا في الأُجرة وأنّ المستأجر إذا دفعها عالماً بالفساد ، فإن كانت موجود أخذها ، وإن كانت تالفة وأتلفها المؤجّر فلا رجوع [٢] .

والعامل إذا عمل في الإجارة الفاسدة قالوا : لا يستحقّ المسمّى ؛ لفساد الإجارة ، ولا بدل المثل ؛ لأنّه متبرّع [٣] .

وهذا عندي غريب ؛ لأنّ المتبرّع هو الذي يقول أو يقصد أن يعمل بلا أُجرة ، لا الذي يعمل بقصد الأُجرة ، والشارع يفسدها ، وأحكام الشارع بالصحّة والفساد لا يقلب الموضوعات الخارجية عمّا هي عليه ، فتدبّره واغتنمه ، فإنّه من نفائس التحقيق ، وبالله التوفيق .

الخامسة : أنّ (المجلّة) لم تتعرّض لمسائل الخلاف والنزاع بين المستأجر والمؤجّر مع أنّ مسائل الشجار بين المتعاقدين من أهمّ مباحث العقود سيّما في الإجارة ؛ لكثرة الوقوع وعموم البلوى ، ونحن نذكر ذلك على نحو الاختصار .

والنزاع فيها يقع على أنحاء :

---

(١) راجع الجواهر ٢٧ : ٢٥٢ .

(٢) لاحظ ما نقله النجفي عن الطباطبائي والأردبيلي في الجواهر ٢٧ : ٢٥١ .

(٣) انظر الجواهر ٢٧ : ٢٤٧ .

الأوّل : لو تنازعا في أصل الإجارة قدّم قول منكرها بيمينه .

فإن كان قبل استيفاء شيء من المنفعة أو العمل فلا شيء ، وإن كان بعده أو بعد شيء منه فإن كان المنكر المالك كان له أُجرة المثل ، ولا يستحقّ الزائد عليها من المسمّى الذي يدّعيه مدّعي الإجارة وإن وجب عليه ـ باعترافه وحسب اعتقاده ـ أن يوصله إلى المالك ولو من حيث لا يعلم .

وإن كان المنكر هو المتصرّف قدّم قوله ، ووجب عليه أن يدفع بدل المثل للمالك ، فإن زاد على المسمّى الذي يدّعيه لم يجز له أخذه ، ولزم على المتصرّف أن يوصله إليه بأيّ نحو كان .

الثاني : لو اتّفقا على أنّ المتصرّف مأذون باستيفاء المنفعة والمالك يدّعي الإجارة والآخر يدّعي العارية ، وأصالة الاحترام ـ أي : عدم البذل والإذن بلا عوض ـ تقضي بتقديم قول الأوّل ، وأصالة براءة ذمّة المتصرّف تقضي بتقديم قوله ، فيتحالفان ، وتثبت بعده أُجرة المثل على قاعدة باب التداعي .

الثالث : لو تنازعا في قدر الأُجرة أو قدر المأجور أو مدّة الإجارة أو في أصل الشرط أو في قدره يقدّم قول منكر الزيادة ومنكر الشرط مع يمينه ، إلاّ إذا كان الشرط ممّا يقتضيه عقد الإجارة ، كالمحافظة على العين من لصٍّ أو ذئب ونحوه .

الرابع : لو تنازعا في تلف العين وعدمه قدّم قول منكر التلف بيمينه على قاعدة المنكر والمدّعي .

ولكنّهم قدّموا هنا قول المستأجر إذا ادّعى التلف ؛ لأنّه أمين [١] .

ولو تنازعا [في] أنّ التلف كان عن تعدٍّ أو تفريط قدّم أيضاً قول منكره مع اليمين أيضاً .

الخامس : لو تنازعا في أنّ المأجور هذه الدار أو تلك ، أو أنّه دار أو دكّان أو بغل أو فرس وهكذا ، أو أنّ حمل المتاع إلى بغداد أو البصرة ، أو أنّ الخياطة على قباءٍ أو قميص ، فكلّ ذلك من باب التداعي ، يتحالفان ، وتثبت أُجرة المثل إن كان بعد العمل ، وإلاّ فلا شيء .

نعم ، لو اختلفت صورة الدعوى ، كما لو حمل المتاع إلى بلد فأنكر المالك أن يكون هو المستأجر عليه ، فالقول قوله بيمينه ، أو خاط الخيّاط القماش قميصاً فأنكر الإذن أو الإجارة على ذلك ، فالقول أيضاً قوله ، ويضمن المتصرّف كلّ نقص أو ضرر .

أمّا لو كان قبل العمل فهو من التداعي ، كما ذكرنا .

السادس : لو تنازعا في صحّة الإجارة أو فسادها بعد الاتّفاق على وقوع العقد قدّم قول مدّعي الصحّة ، كما في سائر العقود .

السابع : إذا اختلفا في ردّ العين المأجورة فمقتضى قضية أنّ المستأجر

---

(١) قال النجفي معلّقاً : (عن السرائر نسبة ذلك إلىٰ الأكثرين المحصّلين وأنّه الأظهر في المذهب وعليه العمل ، بل عن ظاهر الغنية أو صريحها الإجماع عليه ، بل عن الخلاف عليه إجماع الفرقة وأخبارهم) . (الجواهر ٢٧ : ٣٤٢) .

وللمقارنة لاحظ : الخلاف ٣ : ٥٠١ ـ ٥٠٢ ، السرائر ٢ : ٤٧٠ ، جامع المقاصد ٧ : ٢٩٨ ، الرياض ١٠ : ٤٣ .

أمين أن يقدّم قوله في الردّ كما قدّم في دعوى التلف ، وكلاهما خلاف الأصل .

ولكنّهم هنا حكموا بتقديم قول المؤجّر عملاً بأصالة عدم الردّ ـ أي : استصحاب بقائها عند المؤجّر [١] ـ ولم يعملوا بهذا الأصل في قضية التلف مع أنّ الأمانة في المقامين ثابتة والأصل فيهما جارٍ .

واستخراج وجه الفرق بينهما يحتاج إلى مزيد تأمّل .

الثامن : لو اختلفا في المال المردود ، فقال المستأجر : هذا مالك ، وقال المؤجّر : ليس هذا مالي ، فالقول قوله بيمينه ، وإن قال : بل مالي ذلك الشيء ، كان من باب التداعي .

وصور النزاع والخلاف كثيرة ربّما يتعسّر ضبطها على التفصيل .

ولكن الضابط : أنّه كلّما كان النزاع بالأقل والأكثر أو [كان] دائر [اً] بين النفي والإثبات فالقول قول منكر الأكثر وقول النافي لا المثبت ، ومدّعي الأكثر يحتاج إلى إثبات من بيّنة وغيرها ، إلاّ إذا كان أميناً فيقدّم قوله بيمينه ، وكلّما كان النزاع بين متباينين فهو باب التداعي والتحالف .

التاسع : مقتضى القواعد الأوّلية أنّ من استؤجر على عمل كخياطة أو كتابة أو صوم أو صلاة لا تلزم المباشرة فيها إلاّ مع الشرط .

وبقية شؤون هذه المباحث موكولة إلى (كتاب القضاء) .

---

(١) ادّعي عدم الخلاف في الرياض ١٠ : ٤١ ، ولاحظ الجواهر ٢٧ : ٣٤٢ .

كما أنّه قد بقيت من (كتاب الإجارة) عدّة مسائل جدّ مهمّة ذكرها فقهاؤنا في مؤلّفاتهم المتوسّطة فضلاً عن الموسوعات ، رأينا أنّ ذكرها يخرج بنا إلى البسط الذي ربمّا لا يكون مرغوباً في هذه العصور التي توفّرت فيها العلوم وتكثّرت الفنون وازدحمت الأعمال ، حتّى ضاق مجال الفكر والخيال ـ على سعته ـ عن استيعابها .

ولنكتفِ بهذا المقدار من مباحث الإجارة سائلين الحقّ (جلّ شأنه) أن يوفّقنا لتحرير باقي كتب (المجلّة) بمنّه وكرمه .

اللهمّ عليك توكّلنا ، وإليك أنبنا ، وإليك المصير .

(ويتلوه : كتاب الكفالة إن شاء الله)

الكتاب الثالث

الكفالة

ويشتمل على مقدّمة وثلاثة أبواب



بسم الله الرحمن الرحيم

وله الحمد

المقدّمة

في الاصطلاحات الفقهيّة الدائرة بالكفالة

(مادّة : ٦١٢) الكفالة : ضمّ ذمّة إلى ذمّة في مطالبة شيء .

يعني : أن يضمّ أحد ذاته إلى ذات آخر ، ويلتزم أيضاً المطالبة التي لزمت في حقّ ذلك [١] .

قد أجهد نفسه هذا المعرّف ليفصح عن المعنى المقصود فلم يستطع ، وبقيت العبارة معقّدة غير وافية بالمراد .

---

(١) ورد : (واحد) بدل : (أحد) ، و : (ذمّته) بدل : (ذاته) ، و : (ذمّة) بدل : (ذات) ، و : (يلزم) بدل : (يلتزم) ، و : (ذلك الآخر) بدل : (في حقّ ذلك) في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٣٣٣ .

وورد : (ذمّة آخر) بدل : (ذاته إلى ذات آخر) في درر الحكّام ١ : ٦١٥ .

والتعريف المذكور في (المجلّة) هو أصحّ التعريفين عند الحنفيّة ، والآخر هو : ضمّ الذمّة إلى الذمّة في الدين .

ويرى الشافعيّة ـ في المشهور ـ والمالكيّة والحنابلة : أنّ الكفالة هي : التزام الرشيد بإحضار بدن من يلزم حضوره في مجلس الحكم .

راجع : المبسوط للسرخسي ١٩ : ١٦٠ ـ ١٦١ ، الهداية للمرغيناني ٣ : ٨٧ ، المغني ٥ : ٧٠ و ٩٦ ، الاختيار ٢ : ١٦٦ ، مغني المحتاج ٢ : ١٩٨ ، الشرح الصغير للدردير ٣ : ٤٢٩ ـ ٤٣١ ، الفتاوى الهندية ٣ : ٢٥٢ و ٢٨٦ ، حاشية ردّ المحتار ٥ : ٢٨١ .

وتحرير البحث : أنّ فقهاءنا يعبّرون عن هذا الكتاب بـ (كتاب الضمان) ويخصّون (كتاب الكفالة) بتعهّد النفس وإحضار الشخص [١] ، أمّا تعهّد المال فهو الضمان .

وعرفت في (الجزء الأوّل) [٢] أنّ الضمان يستعمل في لسان الشرع أو المتشرّعة في معنيين :

الأوّل : غرامة التالف ، ومنه : « من أتلف مال غيره فهو له ضامن » ، وقول الحنفيّة : (الأجر والضمان لا يجتمعان) .

الثاني : ضمّ ذمّة إلى ذمّة ، أي : جعل ذمّة مشغولة بما اشتغلت به ذمّة أُخرى ، بحيث يصير لصاحب الحقّ مطالبة أيّهما شاء ، وأيّهما دفع تبرأ ذمّته وذمّة الآخر .

هذا عند فقهاء المذاهب .

أمّا عند الإماميّة فهو : نقل المال من ذمّة إلى أُخرى بحيث تبرأ ذمّة الأوّل وتبقى ذمّة الآخر هي المشغولة [٣] .

وقد أوضحنا لك ـ في ما سبق [٤] ـ أنّ الجميع يرجع إلى معنى واحد ، وأصل حقيقة الضمان هو العهدة والتعهّد ، فغرامة التالف عبارة عن : دخول

---

(١) لاحظ : المهذّب البارع ٢ : ٥٢١ ، حاشية الإرشاد للشهيد الثاني ٢ : ٢١٩ ، المسالك ٤ : ١٧١ و ١٧٢ ، الحدائق ٢١ : ٣ و ٦٢ ، الجواهر ٢٦ : ١١٤ و ١٨٥ .

(٢) في ج ١ ص ٢٤٧ .

(٣) تقدّم كلّ ذلك في ج ١ ص ٢٤٧ .

(٤) سبق في ج ١ ص ٢٤٣ و ٢٤٧ .

البدل في عهدة المتلف واشتغال ذمّته به ، وهو ضمان العهدة وضمّ ذمّة إلى أُخرى أو نقل المال من ذمّة إلى ذمّة ، وهو جعل الحقّ في عهدته إمّا معاً على سبيل البدلية كما عند القوم ، أو نقلاً وتحويلاً كما عند الإماميّة .

وكفالة النفس أيضاً ترجع أيضاً إلى ضمان العهدة ، يعني : أنّك تتعهّد بإحضار الشخص في الوقت المعيّن أو متى شاء صاحب الحقّ ، كما في :

(مادّة : ٦١٣) الكفالة بالنفس هي : الكفالة بشخص واحد [١] .

وما بعدها من **(مادّة : ٦١٤)** إلى **(مادّة : ٦٢٠)** [٢] مكرّرات واضحات .

---

(١) وردت المادّة نصّاً في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٣٣٤.
وورد : (التي يكفل فيها شخص) بدل : (بشخص واحد) في درر الحكّام ١ : ٦٢٢.
قارن : شرح فتح القدير ٦ : ٢٨٤ و ٢٨٥ و ٣٠٠ ، تبيين الحقائق ٤ : ١٤٧ و ١٥٢ ، البحر الرائق ٦ : ٢٠٤ ، الفتاوىٰ الهندية ٣ : ٢٥٢ و ٢٥٦ و ٢٥٨ .

(٢) نصوص هذه المواد ـ علىٰ ما في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٣٣٤ و ٣٣٥ ـ كما يلي :
(مادّة : ٦١٤) الكفالة بالمال هي : الكفالة بأداء مال .
(مادّة : ٦١٥) الكفالة بالتسليم هي : الكفالة بتسليم مال .
(مادّة : ٦١٦) الكفالة بالدرك هي : الكفالة بأداء ثمن المبيع وتسليمه ، أو بنفس البائع إن استحقّ المبيع .
(مادّة : ٦١٧) الكفالة المنجّزة هي : الكفالة التي ليست معلّقة بشرط ولا مضافة إلىٰ زمان مستقبل .
(مادّة : ٦١٨) الكفيل هو : الذي ضمّ ذمّته إلىٰ ذمّة الآخر ، أي : الذي تعهّد بما تعهّد به الآخر . ويقال لذلك الآخر : الأصيل ، والمكفول عنه .
(مادّة : ٦١٩) المكفول له هو : الطالب والدائن في خصوص الكفالة .
(مادّة : ٦٢٠) المكفول به هو : الشيء الذي تعهّد الكفيل بأدائه وتسليمه .
وفي الكفالة بالنفس المكفولة عنه والمكفول به سيّان .

←

و(**مادّة : ٦١٧**) سيأتي تفصيلها في (**مادّتي : ٦٢٣ و٦٢٤**) [(١)] .

والخلاصة : أنّ الكفالة ـ أي : الضمان ـ نسبة وإضافة تتقوّم بأربعة أطراف :

١ ـ الكفيل ، وهو : الضامن المتعهّد .

٢ ـ المكفول ، وهو : المضمون عنه أو معه .

٣ ـ المكفول له ، وهو : صاحب الحقّ المضمون ، ويعبّر عنه : بالمضمون له .

٤ ـ الحقّ المضمون ، وهو : المال أو النفس .

وهي عند أصحابنا : عقد يتوقّف على الإيجاب من الضامن والقبول من المضمون له وهو صاحب الحقّ [(٢)] .

أمّا المضمون عنه ـ أي : من عليه الحقّ ـ فقيل : يعتبر قبوله أيضاً فتتقوّم بإيجاب وقبولين [(٣)] ، وقيل : لا يعتبر [(٤)] .

أمّا عند أصحاب (المجلّة) فيكفي إيجاب الكفيل ، كما سيأتي [(٥)] .

← وللمقارنة لاحظ المصادر المتقدّمة في الهامش السابق بالإضافة إلى حاشية ردّ المحتار ٥ : ٢٨٣ و ٢٨٥ و ٢٨٦ و ٢٨٧ و ٣٢٢ .

(١) سيأتي في ص ٢٢٨ و ٢٢٩ .

(٢) انظر الجواهر ٢٦ : ١٨٦ .

(٣) قال الشيخ محمّد حسن النجفي : (المحكي عن الشيخ والقاضي وابن حمزة وإدريس اعتبار رضا المضمون عنه) . (الجواهر ٢٦ : ١٨٧) .

(٤) نُسب للمشهور في الجواهر ٢٦ : ١٨٦ .

(٥) سيأتي في ص ٢٢٥ و ٢٢٦ .

الباب الأوّل

في عقد الكفالة

ويحتوي على فصلين

الفصل الأوّل

في ركن الكفالة

(مادّة : ٦٢١) تنعقد الكفالة وتنفذ بإيجاب الكفيل فقط ، ولكن إن شاء المكفول له ردّها فله ذلك ، وتبقى الكفالة ما لم يردّها المكفول له .

وبهذه الصورة لو كفل أحد وطلب المكفول له في غيابه ومات ـ قبل وصول خبر الكفالة إليه ـ يطالب الكفيل بكفالته هذه ويؤاخذ بها [١] .

---

(١) وردت المادّة في شرح المجلّة لسليم اللبناني (١ : ٣٣٦) بهذه الصورة :

(... وعلىٰ هذا ، لو كفل واحد في غياب المكفول له بدين له علىٰ رجل ومات المكفول له ـ قبل أن يصل إليه خبر الكفالة ـ كان الكفيل مطالباً بكفالته هذه ومؤاخذاً بها) .

وفي درر الحكّام (١ : ٦٢٧) وردت بعض التغييرات عمّا هو في شرح المجلّة لسليم اللبناني حيث ورد : (أحد) بدل : (واحد) ، و : (أحد) بدل : (رجل) ، و : (يطالب الكفيل بكفالته ويؤاخذ بها) بدل : (كان الكفيل مطالباً بكفالته هذه ومؤاخذاً بها) .

هذا ، وقد ذهب الشافعيّة ـ في الأصحّ عندهم ـ والمالكيّة والحنابلة وأبو يوسف إلىٰ : أنّ صيغة الكفالة تتمّ بإيجاب الكفيل وحده من دون توقّف علىٰ قبول المكفول له .

وفي قولٍ ثانٍ عند الشافعيّة : يشترط الرضا ثمّ القبول ، والقول الثالث : يشترط الرضا دون القبول لفظاً .

وذهب أبو حنيفة ومحمّد بن الحسن ، وهو رأي عند الشافعيّة إلىٰ : أنّ صيغة الكفالة تتركّب من إيجاب يصدر من الكفيل وقبول يصدر عن المكفول له .

ولكن لمذهب أبي يوسف روايتان :

الأُولىٰ : أنّ الكفالة تنعقد بإيجاب الكفيل فقط ، ولكنّها تكون موقوفة علىٰ قبول المكفول له .

←

ذهب جماعة من متأخّري فقهائنا إلى كفاية الإيجاب وعدم لزوم القبول العقدي من المضمون له ـ أي : المكفول له ـ بل يكفي رضاه سابقاً أو لاحقاً أو مقارناً [١] .

وحينئذٍ فلا يلزم فيه ما يلزم في سائر العقود اللازمة من : صيغة خاصّة ، وتوالي الإيجاب والقبول ، وغير ذلك .

وهذا هو المعنى المعقول ، ولعلّه هو مراد أرباب (المجلّة) وإن كانت العبارة قاصرة عنه ، فإنّ رضا صاحب الحقّ ـ أي : المكفول له ـ لا بدّ منه ، ولا يكفي عدم ردّه ، ولا يلزم الكفيل بها مع عدم إحراز رضا المكفول له ، فلو مات ـ قبل العلم برضاه ـ فالكفيل غير مشغول الذمّة .

وقولهم : **إنّ الكفيل يطالب بكفالته ويؤاخذ بها** ، غير سديد ، كما هو واضح بأقل تأمّل .

بل قد يكون ـ في بعض الظروف والاعتبارات ـ رضا المكفول ـ أي : المضمون عنه ـ معتبراً أيضاً ، كما لو كان من ذوي الشأن ويكون عليه حزازة

← فلو توفّي المكفول قبل قبول الكفالة بطلت تلك الكفالة .

الثانية : أنّ الكفالة تنعقد بإيجاب الكفيل فقط ، وتنفذ أيضاً ولا تكون موقوفة علىٰ قبول المكفول له ، وإنّما يكون للمكفول له حقّ الردّ .

وعليه لو توفّي المكفول له غير مريد للكفالة فلا يطرأ خلل علىٰ صحّتها .

قارن : بدائع الصنائع ٧ : ٣٨٩ ، المغني ٥ : ١٠٣ ، شرح فتح القدير ٦ : ٣١٤ ، حاشية الشرواني علىٰ تحفة المحتاج ٥ : ٢٦٤ و ٢٦٦ ، كشّاف القناع ٣ : ٣٧٧ ، حاشية القليوبي على شرح المنهاج ٢ : ٣٢٥ ، الفتاوىٰ الهندية ٣ : ٢٥٢ ، حاشية الدسوقي علىٰ الشرح الكبير ٣ : ٣٣٤ ، حاشية ردّ المحتار ٥ : ٢٨٣ ، درر الحكّام ١ : ٦٢٨ .

(١) كالأردبيلي في مجمع الفائدة ٩ : ٢٨٨ و ٣١٥ .

في ضمان هذا الضامن الذي هو أحطّ منه درجة عند الناس ، فلا ينتقل الحقّ من ذمّته إلاّ برضاه .

(مادّة : ٦٢٢) إيجاب الكفيل ، يعني : ألفاظ الكفالة هي : الكلمات التي تدلّ على التعهّد والالتزام في العرف والعادّة .

مثلاً : لو قال : كفلت ، أو : أنا كفيل ، أو : ضامن ، [تنعقد] الكفالة [1] .

عقد الضمان أو الكفالة له صيغ خاصّة تدلّ عليه صراحة وبالمطابقة ، وهي : كفلت ، وضمنت ، وأنا متعهّد ، وأنا ضامن .

وله صيغ تدلّ عليه بالالتزام ، كقوله : حقّك على فلان هو عليَّ ، و : أنا مشغول لك به ، وأشباه هذا .

والجميع كافٍ على حدّ سائر العقود اللازمة عندهم وإن كان الأحوط بل الأقوى لزوم الاقتصار على الصيغ الصريحة أو القريبة منها .

أمّا المجازات البعيدة واستعمال ألفاظ عقد في آخر ـ كما لو استعمل لفظ الحوالة وأراد منه الكفالة بقرينة أم بغير قرينة ـ فالأصحّ عدم انعقاد تلك المعاملات الخاصّة بها ، وعدم تحقّق تلك الحقائق باستعمالها .

---

(١) ورد : (أي) بدل : (يعني) في درر الحكّام ١ : ٦٢٩ .

وورد هذا التغيير ، وكذلك ورد : (أنا كفيل ، أو : ضامن ، أو : كفلت ، انعقدت) بدل : (كفلت ، أو : أنا كفيل ، أو : ضامن ، تنعقد) في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٣٣٦ .

انظر : بدائع الصنائع ٧ : ٣٨٩ ـ ٣٩٠ ، مغني المحتاج ٢ : ٢٠٦ ، البناية في شرح الهداية ٧ : ٦٥١ ، الإنصاف ٥ : ١٨٨ ، البحر الرائق ٦ : ٢٠٨ ، الشرح الصغير للدردير ٣ : ٤٥٣ ، الفتاوىٰ الهندية ٣ : ٢٥٥ ، حاشية ردّ المحتار ٥ : ٢٨٦ و ٢٨٨ ، اللباب ٢ : ١٥٢ ـ ١٥٣ .

(مادّة : ٦٢٣) تكون الكفالة بالوعد المطلق أيضاً ، انظر (مادّة : ٨٤) .

مثلاً : لو قال : إن لم يعطك فلان طلبك فأنا أُعطيك ، تكون كفالة . فلو لم يعطه يطالب الكفيل [١] .

ذكرنا في تلك المادّة أنّ المواعيد عندنا غير لازمة .

نعم ، يستحبّ الوفاء بالوعد استحباباً شرعياً ، ويجب الوفاء به وجوباً أخلاقياً [٢] ، فقوله : إن لم يعطك فلان فأنا أُعطيك ، وعد لا التزام ولا عقد لازم وليس بكفالة ولا ضمان ، إنّما الضمان أن يقول : أنا ملتزم ، أو متعهّد ، أو ضامن ، وما إلى ذلك من الألفاظ الصريحة بالعهدة وإشغال الذمّة .

هذا فساد من هذه الناحية .

وفساد من ناحية أُخرى وهي : أنّ العقود اللازمة بل مطلقاً عند الفقهاء لا تحتمل التعليق سيّما الضمان ، فلا يصحّ أن يقول : أنا ضامن إن رضي أبي ، و : أنا ضامن إن لم يعطك المديون ، بل يشترطون في الضمان التنجيز ، كما

---

(١) ورد : (المعلّق) بدل : (المطلق) ، و : (مطلوبك) بدل : (طلبك) ، و : (أُعطيكه) بدل : (أُعطيك) ، و : (طالب الدائن المدين بحقّه ولم يعطه) بدل : (لم يعطه) ، في درر الحكّام ١ : ٦٣١.

ووردت المادّة في شرح المجلّة لسليم اللبناني (١ : ٣٣٦) بصيغة :

(تصحّ الكفالة بالوعد المعلّق أيضاً ، انظر إلىٰ (المادّة : ٨٤) .

مثلاً : لو قال : إن لم يُعطك فلان دينك فأنا أُعطيكه ، كان ذلك كفالة . فلو طالب الدائن المديون بحقّه ولم يعطه كان له أن يطالب الكفيل) .

لاحظ : الفتاوىٰ الهندية ٣ : ٢٥٦ و٢٥٧ ، حاشية ردّ المحتار ٥ : ٢٨٩.

(٢) تقدّم ذلك في ج ١ ص ١٩٥ ـ ١٩٦.

سيأتي [١] .

واستدلّوا له بالإجماع تارةً .

وتحقّقه غير معلوم .

وبمنافاة العقد للتعليق أُخرى ؛ لأنّ أثر العقد يلزم أن يكون متّصلاً به غير منفكّ عنه [٢] .

وفيه : أنّ الأثر الخاصّ ـ أعني : الالتزام أو التعهّد ـ في ذلك التقدير أيضاً متّصل بالعقد غير منفكّ عنه ، فكما يجوز التوقيت في الضمان ، كقوله : أنا ضامن بعد شهر أو بعد سنة ، يلزم جواز : أنا ضامن إن قبل أبي ، أو : إن لم يعطك غريمك ، فيكون نظير ضمان العهدة في الأعيان ، فإنّه في الحقيقة ضمان معلّق على التلف ، كما مرّت الإشارة إليه في قاعدة اليد [٣] ، فتدبّره .

وإلى الضمان المؤقّت أشارت :

(مادّة : ٦٢٤) لو قال : أنا كفيل من اليوم إلى الوقت الفلاني ، تنعقد منجزّة حال كونها كفالة مؤقّتة [٤] .

---

(١) سيأتي في ص ٢٣٦ .

(٢) انظر العناوين ٢ : ٢٠٤ و ٢٠٥ .

وقد نسب اليزدي ما ذُكر للمشهور وردَ أدلّته في العروة الوثقىٰ ٢ : ٥٣٥ ـ ٥٣٦ .

(٣) وذلك في ج ١ ص ٢٤٨ .

(٤) وردت المادّة نصّاً في درر الحكّام ١ : ٦٣١ ـ ٦٣٢ .

ووردت في شرح المجلّة لسليم اللبناني (١ : ٣٣٧) بصيغة :

(لو قال : أنا كفيل من هذا اليوم إلىٰ الوقت الفلاني ، تنعقد منجّزاً إن بالنفس أو بالمال ، لكنّها

←

. . . .

← تكون كفالة مؤقّتة).

هذا، وقد اختلف الفقهاء في صحّة توقيت الكفالة بناءً علىٰ اختلافهم في الأثر المترتّب عليها.

فمن رأىٰ أنّ ذمّة الكفيل لا تشغل بالدين وإنّما يطالب بأدائه فقط أجاز الكفالة المؤقّتة، وقيّد المطالبة بالمدّة المتّفق عليها.

أمّا من ذهب إلىٰ: أنّ ذمّة الكفيل تصير مشغولة بالدين إلىٰ جانب ذمّة المدين فلم يجز توقيت الكفالة؛ لأنّ المعهود في الشرع أنّ الذمّة إذا شغلت بدين صحيح فإنّها لا تبرأ منه إلاّ بالأداء أو الإبراء، وقبول الكفالة للتوقيت يترتّب عليه سقوط الدين عن الكفيل دون أداءٍ أو إبراءٍ.

وتطبيقاً علىٰ ذلك ذهب أغلب الحنفيّة إلىٰ: أنّ الكفيل لو قال: كفلت فلاناً من هذه الساعة إلىٰ شهر، تنتهي الكفالة بمضي الشهر بلا خلاف.

ومن مشايخهم من قال: إنّ الكفيل ـ في هذه الصورة ـ يطالب في المدّة ويبرأ بمضيّها.

ومنهم من ذهب إلىٰ: أنّه يكون كفيلاً أبداً ويلغىٰ التوقيت.

وذهب المالكيّة إلىٰ: جواز توقيت الكفالة في إحدىٰ حالتين: أن يكون المدين موسراً ولو في أوّل الأجل فقط، أو أن يكون معسراً والعادة أنّه لا يوسر في الأجل الذي ضمن الضامن إليه، بل بمضي ذلك الأجل عليه وهو معسر، فإن لم يصر في جميعه، بل أيسر في أثنائه، كبعض أصحاب الغلاّت والوظائف ـ كأن يضمنه إلىٰ أربعة أشهر وعادته اليسار بعد شهرين ـ فلا يصحّ؛ لأنّ الزمن المتأخّر عن ابتداء يساره يعدّ فيه صاحب الحقّ مسلفاً؛ لقدرة ربّ الحقّ علىٰ أخذه منه عند اليسار.

وهذا قول ابن القاسم بناءً علىٰ أنّ اليسار المترقّب كالمحقّق. وأجازه أشهب؛ لأنّ الأصل استصحاب عسره.

والأصحّ عند الشافعيّة: أنّه لا يجوز توقيت الكفالة، كأنا كفيل بزيد إلىٰ شهر وأكون بعده بريئاً.

ومقابل الأصحّ عندهم: أنّه يجوز؛ لأنّه قد يكون له غرض في تسليمه هذه المدّة، وذلك بخلاف المال، فإنّ المقصود منه الأداء، فلهذا امتنع تأقيت الضمان قطعاً.

واختلف الحنابلة في صحّة توقيت الكفالة علىٰ وجهين:

الوجه الأوّل: أنّ الكفالة تكون صحيحة، ويبرأ الكفيل بمضي المدّة التي عيّنها وإن لم يحدث فيها وفاء.

و**الوجه الثاني**: عدم صحّة الكفالة؛ لأنّ الشأن في الديون أنّها لا تسقط بمضي الزمن.

←

و(**مادّة : ٦٢٥) كما تنعقد الكفالة مطلقة بقيد التعجيل والتأجيل ، يعني : مقيّدة بالحال أو بالوقت الفلاني** [١] .

كلّ ذلك لإطلاق أدلّتها المقتضي لجوازه .

كما يقتضي جواز تعدّد الكفلاء عرضيين ، كما لو كفل شخص واحد جماعة ، وطوليين ، كما لو كفل الكفيل كفيل ، وهكذا .

كون حال أُولئك وهؤلاء حال الواجب الكفائي إن أدّى واحد سقط عن الجميع ، وإلاّ فالجميع ذممهم مشغولة على نحو البدلية ، وكما في تعاقب الأيدي على العين الواحدة ، كما حقّق في محلّه .

وإليه أشار بـ :

(**مادّة : ٦٢٦) يصحّ أن يكون للكفيل كفيل** [٢] .

← راجع : المغني ٥ : ٨٥ ، شرح فتح القدير ٦ : ٣٠٠ ، مغني المحتاج ٢ : ٢٠٧ ، الفروع لابن مفلح ٤ : ٢٤٨ ـ ٤٩ ، الإنصاف ٥ : ١٩١ ، نهاية المحتاج ٤ : ٤٥٦ ، كشّاف القناع ٣ : ٣٧٨ ، الفتاوىٰ الهندية ٣ : ٢٧٨ ، حاشية الخرشي علىٰ مختصر خليل ٦ : ٣٠٧ ـ ٣٠٨ ، حاشية الدسوقي علىٰ الشرح الكبير ٣ : ٣٣١ ، حاشية ردّ المحتار ٥ : ٢٨٩ .

(١) وردت المادّة في شرح المجلّة لسليم اللبناني (١ : ٣٣٧) بصيغة :
(الكفالة كما تنعقد مطلقة ، كذلك تنعقد مقيّدة بقيد التعجيل والتأجيل ، بأن يقول : أنا كفيل علىٰ أن أُؤدّي في الحال أو في الوقت الفلاني) .
ووردت في درر الحكّام (١ : ٦٣٣) بصيغة :
(كما تنعقد الكفالة مطلقة ، كذلك تنعقد بقيد التعجيل والتأجيل ، بأن يقول : أنا كفيل علىٰ أن يكون الإيفاء في الحال أو في الوقت الفلاني) .
راجع ما ذكر في الهامش السابق .

(٢) وردت هذه المادّة ـ في : شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٣٣٨ ، درر الحكّام ١ : ٦٣٣ ـ بالصيغة ←

و(مادّة : ٦٢٧) يجوز تعدّد الكفلاء [1] .

← التالية :

(تصحّ الكفالة عن الكفيل) .

لاحظ : تبيين الحقائق ٤ : ١٤٧ ، البحر الرائق ٦ : ٢٠٧ ، الفتاوىٰ الهندية ٣ : ٢٧٤ ، حاشية ردّ المحتار ٥ : ٢٨٦ .

(١) انظر المصادر المتقدّمة في الهامش السابق .

الفصل الثاني

في

بيان شرائط الكفالة

(مادّة : ٦٢٨) يشترط في انعقاد الكفالة كون الكفيل عاقلاً وبالغاً .

بناءً عليه لا تصحّ كفالة المجنون والمعتوه والصبي .

ولو كفل حال صبوته وأقرّ بها بعد البلوغ لم يؤاخذ بها [(١)] .

العقل والبلوغ ـ بل والرشد ـ عندنا من الشرائط العامّة التي لا يصحّ عقد إلاّ باجتماعها [(٢)] .

وأمّا أرباب (المجلّة) فقد اكتفوا في صّحة البيع والإجارة ـ وهما من

---

(١) وردت المادّة في شرح المجلّة لسليم اللبناني (١ : ٣٣٨) بلفظ :

(يشترط في انعقاد الكفالة أن يكون الكفيل عاقلاً وبالغاً .

فلا تصحّ كفالة المجنون والمعتوه والصبي .

ولو كفل في حال صباه لا يؤاخذ ولو أقرّ بعد البلوغ والإفاقة بهذه الكفالة) .

وورد : (**صباه لا يؤاخذ وإن أقرّ بعد البلوغ بهذه الكفالة**) بدل : (**صبوته وأقرّ بها بعد البلوغ لم يؤاخذ بها**) في درر الحكّام ١ : ٦٣٥ .

قارن : بدائع الصنائع ٧ : ٣٩٥ ، الاختيار ٢ : ١٦٧ ، البحر الرائق ٦ : ٢٠٦ ، كشّاف القناع ٣ : ٣٦٦ ، حاشية القليوبي علىٰ شرح المنهاج ٢ : ٣٢٣ ، الفتاوىٰ الهندية ٣ : ٢٥٣ ، حاشية الدسوقي علىٰ الشرح الكبير ٣ : ٣٣٠ .

(٢) انظر : الرياض ٩ : ٢٦٠ ، العناوين ٢ : ٦٧٤ و ٦٨٤ و ٦٨٦ .

أقوى العقود اللازمة وأكثرها تداولاً ـ بالعقل والتمييز فقط ، أي : لم يعتبروا البلوغ [١] ، فاعتباره هنا وعدم اعتباره هناك لا يخلو من غرابة .

وعلى كلٍّ ، فيشترط في صحّة الكفالة ـ أي : الضمان ـ [الشروط التالية] :

١ ـ الإيجاب والقبول .

٢ ـ صدورهما من عاقل بالغ .

٣ ـ كونه مختاراً ، فلا أثر لضمان المكره .

٤ ـ غير محجور عليه لسفه .

أمّا الحجر عليه لفلس فلا يمنع ؛ لأنّ الحجر في الفلس يتعلّق بمنعه من التصرّف في أعيان أمواله لا في ذمّته ، فهو كما لو اقترض على ذمّته .

وكذا يشترط عدم كون المضمون له مفلّساً أو سفيهاً .

أمّا المضمون فلا يشترط فيه شيء من ذلك .

٥ ـ أن لا يكون مملوكاً غير مأذون من مولاه .

وعن بعض فقهائنا جواز ضمانه مطلقاً كجواز دينه ، ويتبع به بعد العتق .

ونفي القدرة عنه في قوله تعالىٰ : ﴿ **عَبْداً مَمْلُوكاً لا يَقْدِرُ عَلى**

---

(١) لم يتعرّض المصنّف ﷺ لهذه المسألة في كتاب البيع ، وذلك لأنّ (المجلّة) قد ذكرت بعض فروع هذه المسألة في الباب السابع من أبواب البيع بعد مبحث الخيارات ، والمصنّف اقتصر في (المجلّد الأوّل) علىٰ مبحث خيارات البيع ولم يتعرّض لما بعده ، أي : الباب السابع .
وأمّا ما يتعلّق بالمسألة في باب الإجارة فراجع هذا الجزء ص ٤٦ .

شيءٍ ﴾ [١] منصرف إلى الأعمال المنافية لحقّ المولى [٢] .

وليس هذا القول ـ وإن كان المشهور على خلافه [٣] ـ ببعيد .

ولو أذن له المولى وعيّن في ماله أو مال عبده ـ إن قلنا : بأنّه يملك ـ أو في ذمّته تعيّن .

وإن أطلق ، ففي كونه على المولى [٤] ، أو على ذمّة العبد يتّبع بـه بـعد العتق [٥] ، أو في كسبه [٦] فعلاً وجوه .

أوجهها الأوّل ؛ لأنّ الإذن في الشيء إذن في لوازمه بعد أن كان العبد لا مال له أصلاً أو محجور عليه ، فهو كما لو أذن له بالتزويج حيث إنّ المهر والنفقة على المولى وإن لم يقيّد ، وكما لو أذن له في الاستدانة لنفقته .

---

(١) سورة النحل ١٦ : ٧٥.

(٢) من هؤلاء الفقهاء العلاّمة الحلّي في المختلف ٥ : ٤٨٧ .
وحُكي عنه أنه قد استقربه في التذكرة ٢ : ٨٧، والحاكي هو الشهيد الثاني في المسالك ٤ : ١٧٥ .
واستقربه كذلك السيّد اليزدي في العروة الوثقى ٢ : ٥٣٥ .

(٣) ذهب إليه كثير من الفقهاء ، كابن الجنيد ـ علىٰ ما حُكي عنه في الحدائق ٢١ : ٤ ـ والشيخ الطوسي في الخلاف ٣ : ٣٢١ ، والمحقّق الحلّي في الشرائع ٢ : ٣٥٥ ، والشهيد الثاني في المسالك ٤ : ١٧٥ ، والنجفي في الجواهر ٢٦ : ١١٥ .
ونُسب للأكثر في الرياض ٩ : ٢٦٠ .

(٤) ذهب إلىٰ هذا الوجه : الإسكافي ـ علىٰ ما حُكي عنه في الرياض ٩ : ٢٦٢ ـ والشهيد الثاني في الروضة البهيّة ٤ : ١١٤ ، والبحراني في الحدائق ٢١ : ٥ ، واليزدي في العروة الوثقىٰ ٢ : ٥٣٥ .

(٥) ذهب إلىٰ هذا الوجه : المحقّق الحلّي في الشرائع ٢ : ٣٥٥ ، والعلاّمة الحلّي في المختلف ٥ : ٤٨٨ ، والشهيد الأوّل في اللمعة الدمشقية ١٣٥ .

(٦) قوّى هذا الوجه الشهيد الثاني في المسالك ٤ : ١٧٦ ، واختاره الأردبيلي في مجمع الفائدة ٩ : ٢٨٥ ، (وإن استظهر أنّها في ذمّته مع عدم القرينة في ص ٢٨٦ من المصدر المزبور) .

ودعوى الفرق [١] ممنوعة.

٦ ـ التنجيز عند المشهور.

فلو علّق الضمان على شرط بطل عندهم [٢]، أمّا لو علّقه على وصف ـ أي: على أمر محقّق الوقوع كالتوقيت ـ صحّ، وقد عرفت التحقيق قريباً [٣].

٧ ـ كون المضمون حقّاً ثابتاً في ذمّة المضمون عنه سواء كان مستقرّاً كالقرض والعوضين في البيع المنجّز، أو متزلزلاً كأحد العوضين في البيع الخياري وكالمهر قبل الدخول.

فلو قال: أُقرض فلاناً وأنا ضامن، أو: بعه نسيئةً بضماني، لم يصح عند المشهور [٤].

بل ادّعي الإجماع ـ عندنا ـ على بطلان قوله: مهما أقرضت فلاناً فهو في ضماني [٥].

مع أنّهم اتّفقوا ظاهراً على الصحّة في ما لو قال ـ عند خوف غرق السفينة ـ: ألقِ متاعك في البحر وعليّ ضمانه [٦].

وذهب جماعة إلى: صحّة ضمان مال الجعالة قبل العمل [٧] مع أنّه حقٌّ

---

(١) مدّعي الفرق ـ على الظاهر ـ هو النجفي في الجواهر ٢٦: ١١٦.

(٢) نُسب للمشهور في العروة الوثقى ٢: ٥٣٥.

(٣) وذلك في ص ٢٢٩.

(٤) نُسب للمشهور في العروة الوثقى ٢: ٥٣٦.

(٥) ادّعى العلاّمة الحلّي الإجماع عليه في التذكرة ٢: ٨٩.

(٦) انظر: التذكرة ٢: ١٠٣، المختلف ٥: ٤٨٧، الجواهر ٢٦: ١٣٧.

(٧) لاحظ ما نقله النجفي عن بعض الفقهاء في الجواهر ٢٦: ١٣٧، وانظر المبسوط ٢: ٣٢٥.

غير ثابت ، فالأقوى كفاية مقتضي الثبوت .

وعليه ، فيصحّ ضمان النفقة المستقبلة للزوجة ؛ لأنّ نفس الزوجية تقتضي ثبوتها وإن لم يثبت فعلاً .

بل يمكن القول بما هو أوسع ، وهو : ضمان الأعيان وعدم قصره على الحقّ الثابت في الذمّة ، فيصحّ ضمان العين المغصوبة ، والمقبوض بالسوم ، وبالعقد الفاسد ، وضمان درك الثمن لو ظهر المبيع مستحقّاً ، ودرك البيع لو ظهر الثمن مستحقّاً .

وكلّ هذا من ضمان العهدة المستفاد من قاعدة اليد ، فيتلاقى الضمانان ـ ضمان العقد وضمان اليد ـ في أصل واحد وفسيلة فاردة .

٨ ـ أن لا يكون الضامن مشغول الذمّة للمضمون عنه بمثل المال المضمون .

فإنّهم ذكروا : أنّ التعهّد إمّا بمال أو بنفس ، والثاني هو الكفالة ، والأوّل إمّا من بريء ، وهو الضمان ، وإمّا من مشغول الذمّة ، وهو الحوالة [(١)] .

ويمكن الخدشة فيه : بأنّ ملاك الفرق بين الضمان والحوالة ليس هو البراءة والاشتغال ، بل إنّ المتعهّد إن ابتدأ بالتعهّد ـ ولو بإذن المتعهّد عنه ـ فهو ضمان سواء كان مشغولاً أو بريئاً ، وإن كان بتوجيه المتعهّد عنه ما له من الحقّ إلى غيره فهو الحوالة .

---

(١) راجع : المهذّب البارع ٢ : ٥٢١ ، حاشية الإرشاد للشهيد الثاني ٢ : ٢١٩ ، المسالك ٤ : ١٧٢ ، الحدائق ٢١ : ٣.

والحاصل : أنّ الضمان والحوالة معنيان متباينان بحسب الجوهر وإن اشتركا في بعض اللوازم ، فالضمان تعهّد أعمّ من أن يكون بطلب أو ابتداء وإن كان الغالب الثاني ، والحوالة توجيه وتسليط على ذمّة الغير ، فذاك تعهّد ذمّة لأُخرى ، وهذه تسليط ذمّة على ذمّة ، فتدبّره ، فإنّه لا يخلو من دقّةٍ .

وحينئذٍ فلو ضمن مشغول الذمّة ، فإن كان بإذن المضمون عنه وبمثل ما له من الحقّ حصل التهاتر القهري ، وإلاّ فالحقّ باقٍ في ذمّته ، كما في الضمان التبرّعي .

٩ ـ أن لا يكون في المضمون له والحقّ المضمون والمضمون عنه ترديد عند الضامن وإبهام .

فلا يصحّ أن يضمن أحد الدينين ولو لشخص واحد أو على واحد ، ولا أحد الشخصين ولو عن دين واحد .

ولكن لا يلزم معرفة الدين ومقداره ، ولا معرفة المضمون له أو المضمون عنه بشخصه ، بل تكفي المعرفة الإجمالية والإشارة إلى واقعه على ما هو عليه وإن لم يعلمه الضامن تفصيلاً .

فيصحّ لو قال : ضمنت ما عليك من دين ، وإن لم يعلم قدره ولا من له الدين ، كما يجوز أن يقول : ضمنت ما لك على الناس من ديون ، أو : كلّ من له دين على زيد فأنا ضامن له ، وهكذا .

وإليه أشارت (المجلّة) في :

(مادّة : ٦٣٠) إن كان المكفول به نفساً يشترط أن يكون معلوماً ، وإن كان مالاً لا يشترط أن يكون معلوماً .

بناءً عليه لو قال : أنا كفيل عن دين فلان الذي هو على فلان ، تصحّ الكفالة وإن لم يكن مقداره معلوماً [١] .

بل قد عرفت صحّة ما هو أوسع من هذا في الجهالة .

والضابطة للصحّة : أن يقصد شيئاً له واقع يشير إليه ـ ولو إجمالاً ـ بخلاف ما لو لم يكن له واقع معيّن ، كأحد الدينين أو أحد الشخصين ، فإنّ واقعه الترديد لا التعيين .

وإلى الشرط السابع أشارت (المجلّة) بـ :

(مادّة : ٦٣١) يشترط في الكفالة بالمال أن يكون المال المكفول به مضموناً على الأصيل ، يعني : أنّ إيفاءه يلزم الأصيل .

بناءً عليه تصحّ الكفالة بثمن المبيع وبدل الإجارة وسائر الديون الصحيحة ، كذلك تصحّ الكفالة بالمال المغصوب [٢] .

---

(١) ورد : (إذا) بدل : (إن) ، و : (**فلو قال : أنا كفيل بدين علىٰ فلان**) بدل : (**بناءً عليه لو قال : أنا كفيل عن دين فلان الذي هو علىٰ فلان**) في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٣٤٠.

وورد : (**فلو قال : أنا كفيل بدين فلان على فلان**) بدل : (**بناءً عليه لو قال : أنا كفيل عن دين فلان الذي هو علىٰ فلان**) في درر الحكّام ١ : ٦٣٨ .

وللمقارنة راجع : البحر الرائق ٦ : ٢٠٦ ، الفتاوىٰ الهندية ٣ : ٢٥٤ و ٢٥٥ و ٢٥٩ ، حاشية ردّ المحتار ٥ : ٢٨٣.

(٢) سيأتي من المصنّف ﷺ ذكر المقاطع الأُخرىٰ من هذه المادّة المطوّلة ، وها نحن نذكرها هنا بتمامها ؛ لوجود بعض الاختلافات ، وحسب ما هو موجود في درر الحكّام (١ : ٦٤٢ ـ ٦٤٣) :

(**يشترط في الكفالة بالمال أن يكون المكفول به مضموناً علىٰ الأصيل ، يعني : أنّ إيفاءه يلزم الأصيل .**

←

يتّضح لك من تحريرنا القريب ضعف هذا البيان الذي لم يميّز فيه بين ضمان الذمم والأعيان .

فإنّ ثمن المبيع تارةً يكون كلّياً ، وهو المورد المتّفق على صحّة ضمانه .

وأُخرى يكون شخصياً ، وهو ممّا لا معنى لضمانه عند المشهور من الفريقين ؛ إذ لا وجه عندهم لضمان العين الموجودة في الخارج ، ولكنّنا قد خرّجنا لضمانها وجهاً على نحو ضمان اليد في المغصوب ونحوه الذي يتضمّن نوعاً من التعليق ، محصّله : وجوب ردّ العين مع وجودها ، وردّ بدلها مع فقدها [(١)] .

وقد أشارت (المجلّة) هنا إلى ضمان الدين صريحاً ، وضمان العين بذكر

← فتصحّ الكفالة بثمن المبيع وبدل الإجارة وسائر الديون الصحيحة ، كذلك تصحّ الكفالة بالمال المغصوب ، وعند المطالبة يكون الكفيل مجبوراً علىٰ إيفائه عيناً أو بدلاً .

وكذلك تصحّ الكفالة بالمال المقبول علىٰ سوم الشراء إن كان قد سمّيٰ ثمنه .

وأمّا الكفالة بعين المبيع قبل القبض فلا تصحّ ؛ لأنّ البيع لمّا كان ينفسخ بتلف المبيع في يد البائع لا تكون عين المبيع مضمونة عليه ، بل إنّما يلزم عليه ردّ ثمنه إن كان قد قبضه .

وكذلك لا تصحّ الكفالة بعين المال المرهون والمستعار وسائر الأمانات ؛ لكونها غير مضمونة علىٰ الأصيل .

لكن لو قال : أنا كفيل إن أضاع المكفول عنه هذه الأشياء واستهلكها [تصحّ الكفالة] .

وتصحّ الكفالة بتسليم المبيع وبتسليم هؤلاء ، وعند المطالبة لو لم يكن للكفيل حقّ حبسها من جهة يكون مجبوراً علىٰ تسليمها ، إلاّ أنّه كما كان في الكفالة بالنفس يبرأ الكفيل لوفاة المكفول به ، كذلك لو تلفت هذه المذكورات لا يلزم الكفيل شيء) .

لاحظ : تبيين الحقائق ٤ : ١٤٧ و ١٥٨ ، البحر الرائق ٦ : ٢٠٦ ، الفتاوىٰ الهندية ٣ : ٢٥٤ ، حاشية ردّ المحتار ٥ : ٢٨٣ .

(١) راجع ج ١ ص ٥٠٥ .

المغصوب ، وبقي بدل الإجارة وثمن المبيع صالحاً للأمرين ، ووافقت المشهور عندنا في لزوم كون المضمون حقّاً ثابتاً فعلياً [١] ، ولا يكفي الاقتضاء والاستعداد .

ويتحصّل منها : أنّ ضابطة ما يصحّ ضمانه الدين الثابت في الذمّة أو العين المضمونة ضمان يد أو ضمان معاوضة ، فتخرج الأمانات ؛ لأنّها غير مضمونة أصلاً كالعارية والرهن فضلاً عن الوديعة والإجارة ، وكذلك يخرج المبيع قبل القبض ، فإنّه في ضمان البائع ، فلا دين ولا يد .

نعم ، يصحّ ضمانه بمعنى أوسع وهو التعهّد بتسليمه ، ولو أتلف الأمين الأمانة واشتغلت ذمّته ببدلها صحّ الضمان ؛ لأنّه دين .

وبهذا تتّضح بقية ما في المادّة من الأمثلة ، حيث تقول :

وكذلك تصحّ الكفالة بالمال المقبوض على طريق سوم الشراء إن كان قد سمّي ثمنه .

وهذا من قبيل ضمان العين .

ولكن لا تصحّ الكفالة بعين المبيع قبل القبض ؛ لأنّه لو تلف عين المبيع في يد البائع ينفسخ البيع ولا يكون مضموناً على البائع ، إلاّ أنّه يلزم عليه ردّ ثمنه إن كان قد قبضه .

وكذلك لا تصحّ الكفالة بعين المال المرهون والمستعار وسائر الأمانات ؛ لكونها غير مضمونة على الأصيل .

---

(١) تقدّم الكلام في ج ١ ص ٥٠٥.

ولكن ـ بعد إضاعة المكفول عن هؤلاء واستهلاكها ـ لو قال : أنا كفيل ، تصحّ الكفالة .

وأيضاً تصحّ الكفالة بتسليم هؤلاء وبتسليم المبيع وعند المطالبة لو لم يكن للكفيل حقّ حبسها من جهة يكون مجبوراً على تسليمها ، إلاّ أنّه كما أنّ في الكفالة بالنفس يبرأ الكفيل بوفاة المكفول به ، كذلك لو تلفت هذه المذكورات لا يلزم الكفيل شيء .

(مادّة : ٦٣٢) لا تجري النيابة في العقوبات .

بناءً عليه لا تصحّ الكفالة بالقصاص وسائر العقوبات والمجازاة الشخصية ، ولكن تصحّ الكفالة بالأرش والدية اللذين يلزمان الجارح والقاتل [١] .

يعني : أنّ مورد الكفالة إمّا مال أو نفس ، أمّا القصاص والحدود فهي حقوق إلٰهية وأحكام شرعية ، ولا معنى لضمانها .

نعم ، يتصوّر فيها ضمان الشخص وتسليمه لإقامة الحدّ عليه أو القصاص ، فيكون من ضمان النفس ، ولا مانع منه وإن لم يصرّحوا به .

ولكن تصحّ الكفالة بالأرش قطعاً والدية اللذين يلزمان القاتل والجارح ؛ لأنّهما مال ، والذمّة مشغولة به وإن كان سببه الجناية .

(مادّة : ٦٣٣) لا يشترط يسار المكفول عنه ، وتصحّ الكفالة عن

---

(١) ورد : (فلا) بدل : (بناءً عليه لا) في : شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٣٤٤ ، درر الحكّام ١ : ٦٤٩ .
انظر : تبيين الحقائق ٤ : ١٥٨ ، البناية في شرح الهداية ٧ : ٦٦٤ ، البحر الرائق ٦ : ٢٠٦ ، الفتاوىٰ الهندية ٣ : ٢٥٥ ، حاشية ردّ المحتار ٥ : ٢٨٣ .

المفلّس أيضاً [١] .

هذا ممّا لا كلام فيه ولا حاجة إلى بيانه .

إنّما الكلام في اعتبار يسار الكفيل ، أي : الضامن ، ولكن مع رضا المضمون له يسقط هذا البحث .

ولكن لو كان معسراً أو مفلّساً ورضي المضمون له به ـ لعدم علمه بفقره وفلسه ـ لا يبعد بل المتعين أن يكون له الخيار .

---

(١) هذا هو رأي محمّد بن الحسن الشيباني وأبي يوسف والحنابلة وأكثر الفقهاء دون أبي حنيفة ، حيث ذهب إلىٰ : عدم صحّة الكفالة عن المفلّس .

راجع : المغني ٥ : ٧٣ ـ ٧٤ ، شرح فتح القدير ٦ : ٣١٧ ـ ٣١٨ ، تبيين الحقائق ٤ : ١٥٩ ، الفتاوىٰ الهندية ٣ : ٢٥٣ ، حاشية الدسوقي علىٰ الشرح الكبير ٣ : ٣٣١ .



الباب الثاني

في بيان أحكام الكفالة

ويحتوي على ثلاثة فصول



الفصل الأوّل

في بيان حكم الكفالة المنجّزة والمعلّقة والمضافة

(مادّة : ٦٣٤) حكم الكفالة هو المطالبة .

يعني : للمكفول له حقّ مطالبة المكفول به من الكفيل [١] .

على البدل كما هو عند فقهاء المذاهب ، وعلى التعيين عند الإماميّة [٢] ؛ لأنّ حكم الضمان الصحيح ـ أي : الكفالة ـ براءة المضمون عنه من الحقّ واشتغال ذمّة الضامن به .

(مادّة : ٦٣٥) يطالب الكفيل في الكفالة المنجّزة حالاً إن كان الدين معجّلاً في حقّ الأصيل ، وعند ختام المدّة المعيّنة إن كان مؤجّلاً .

مثلاً : لو قال أحد : أنا كفيل عن دين فلان ، فللدائن أن يطالب الكفيل في الحال إن كان معجّلاً ، وعند ختام مدّته إن كان مؤجّلاً [٣] .

---

(١) لم يرد لفظ : (هو) في : شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٣٤٦، درر الحكّام ١ : ٦٥٤.

قارن : بدائع الصنائع ٧ : ٣٩١، المغني ٥ : ٨٣، نهاية المحتاج ٤ : ٤٥٨.

(٢) راجع المصادر المتقدّمة في الهامش السابق ، وكذلك الجواهر ٢٦ : ١٨٦ و ١٨٩.

(٣) لم ترد كلمة : (أحد) ، وورد : (بدين) بدل : (عن دين) ، ووردت زيادة : (دينه) قبل كلمة : (معجّلاً) الثانية ، وورد : (حلول الأجل) بدل : (ختام مدّته) في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٣٤٦.

←

وهذا ـ أي : مطابقة الضمان للدين ـ واضح غني عن البيان ، وإنّما الحري بالذكر جواز المخالفة ، فيجوز ضمان المؤجّل حالاً ، وضمان الحال مؤجّلاً بذلك الأجل أو أنقص أو أزيد ، كلّ ذلك لإطلاق أدلّة الضمان .

فلا وجه لما يحكى عن بعضهم من : اعتبار الأجل في الضمان كالسلم وعدم صحّته حالاً .

ولا لقول آخر من : أنّه لا يصحّ ضمان المؤجّل ؛ لأنّه من ضمان ما لم يجب (١) .

← وورد : (فلو) بدل : (مثلاً : لو) في درر الحكّام ١ : ٦٥٥ .

هذا ، وقد ذهب الحنفيّة والشافعيّة والحنابلة إلىٰ : أنّ الدائن يستطيع المطالبة بأداء الدين عند حلوله دون أن يتقيّد بتعذّر مطالبة الأصيل المكفول عنه ، كما يستطيع أن يطالب الأصيل به عند حلول أجله عليه .

أمّا المالكيّة فعندهم روايتان :

إحداهما : ما تقدّم ، والأُخرى : أنّه لا يجوز للدائن المكفول له أن يطالب الكفيل بالدين المكفول به إذا كان الدين حالاً وكان الأصيل حاضراً موسراً ليس ذا لدد في الخصومة ولا كان مماطلاً في الوفاء ، أو كان الأصيل غائباً وله مال حاضر ظاهر يمكن الاستيفاء منه بدون مشقّة وقطع مسافة بعيدة .

وهذا إذا لم يكن قد اشترط في عقد الكفالة أن يأخذ بالحقّ من أيّهما شاء ، وذلك أنّ الدين إنّما وجب ابتداءً علىٰ الأصيل والكفالة وثيقة ، فلا يستوفىٰ الحقّ منها ، إلاّ عند تعذّر استيفائه من الأصيل كالرهن .

لاحظ : بدائع الصنائع ٧ : ٣٩١ ، المغني ٥ : ٩٨ ، شرح فتح القدير ٦ : ٢٩٩ و ٣٠٠ ، نهاية المحتاج ٤ : ٤٥٨ ، حاشية الخرشي علىٰ مختصر خليل ٦ : ٣١٨ ، حاشية الدسوقي علىٰ الشرح الكبير ٣ : ٣٣٧ وما بعدها ، حاشية ردّ المحتار ٥ : ٣٢٢ ـ ٣٢٣ ، شرح منح الجليل ٣ : ٢٥٩ .

(١) راجع : الكافي في الفقه ٣٣٩ ، المقنعة ٨١٥ ، النهاية ٣١٥ ، الوسيلة ٢٨١ ، الإيضاح ٢ : ٨٢ ، جامع المقاصد ٥ : ٣١٠ .

وحُكي القولان عن جماعة من الفقهاء في : المسالك ٤ : ١٨٤ و ٢٣٥ ، الجواهر ٢٦ : ١٣١ .

(مادّة : ٦٣٦) أمّا في الكفالة التي انعقدت مضافة إلى زمان مستقبل أو معلّقة بشرط ، فلا يطالب الكفيل ما لم يحل الزمان أو يتحقّق الشرط .

مثلاً : لو قال : إن لم يعطك فلان طلبك فأنا كفيل بأدائه ، تنعقد الكفالة مشروطة ، وعند المطالبة إن لم يعطه ذلك الرجل دينه يطالب الكفيل ، وإلاّ لا يطالب الكفيل قبل المطالبة من الأصيل .

كذا لو قال : إن سرق فلان مالك فأنا ضامن ، تصحّ الكفالة ، وإن ثبتت سرقة ذلك الرجل يطالب الكفيل .

وكذا لو كفل بشرط أن يمهل كذا أياماً اعتباراً من الوقت الذي يطالب المكفول له ، وأمهل من وقت المطالبة مقدار تلك الأيام ، فللمكفول له أن يطالب الكفيل بعد مرور الأيام المذكورة أيّ وقت شاء .

وكذا لو قال : أنا كفيل بطلبك الذي يثبت في ذمّة فلان ، أو : بالمبلغ الذي ستقرضه فلاناً ، أو : بالشيء الذي يغصبه فلان ، و : بثمن المال الذي ستبيعه لفلان ، فلا يطالب الكفيل إلاّ بعد تحقّق هذه الأحوال .

يعني : لا يطالب الكفيل إلاّ بعد ثبوت الطلب والإقراض وتحقّق الغصب ووقوع البيع والتسليم .

وكذا لو قال : أنا كفيل بإحضار فلان في اليوم الفلاني ، لا يطالب الكفيل بإحضار المكفول به قبل حلول ذلك اليوم [1] .

---

(١) وردت المادّة في شرح المجلّة لسليم اللبناني (١ : ٣٤٦ ـ ٣٤٨) بصيغة :

(أمّا في الكفالة التي انعقدت مضافة إلىٰ زمان مستقبل أو معلّقة بشرط فلا يطالب الكفيل ما لم

←

. . . .

← يحل الزمان أو يتحقّق الشرط .

مثلاً : لو قال : إن لم يعطك فلان دينك فأنا كفيل بأدائه ، تنعقد الكفالة مشروطة ، فإذا طالب الدائن ولم يؤدّه دينه كان له أن يطالب الكفيل ، أمّا قبل مطالبته الأصيل فليس له أن يطالب الكفيل .

وكذا لو قال : أنا كفيل بما يثبت لك في ذمّة فلان ، أو : بما ستقرضه فلاناً ، أو : بما يغصبه فلان ، أو : بثمن المال الذي ستبيعه من فلا ، فلا يطالب الكفيل إلاّ بعد تحقّق هذه الأحوال ، وهي : ثبوت الدين والإقرار ، وتحقّق الغصب ، ووقوع البيع والتسليم .

وكذا لو قال : إن سرق فلان مالك فأنا ضامن ، صحّت الكفالة ، ولكن إنّما يطالب الكفيل متىٰ ثبتت سرقة ذلك الرجل .

وكذا لو قال : أنا كفيل بإحضار فلان في اليوم الفلاني ، لا يطالب الكفيل بإحضار المكفول به قبل حلول ذلك اليوم) .

وقد ذهب الحنفيّة إلىٰ : صحّة الكفالة المعلّقة علىٰ شرط ملائم ، وهو الشرط الذي يكون سبباً لوجوب الحقّ ، كقول الكفيل للمشتري : إذا استحقّ المبيع فأنا ضامن للثمن ، أو الشرط الذي يكون سبباً لإمكان الاستيفاء ، كقول الكفيل للدائن : إذا قدم فلان ـ أي : المكفول عنه ـ فأنا كفيل بدينك عليه ، أو الشرط الذي يكون سبباً لتعذّر الاستيفاء ، كقول الكفيل للدائن : إذا غاب فلان ـ المدين ـ عن البلد فأنا كفيل بالدين .

وذهبوا كذلك إلىٰ : صحّة الكفالة المعلّقة بشرط جرى به العرف ، كما لو قال الكفيل : إن لم يؤدِّ فلان ما لك عليه من دين إلىٰ ستة أشهر فأنا له ضامن ؛ لأنّه علّق الكفالة بالمال بشرط متعارف فصحّ .

فأمّا إذا علّقت الكفالة علىٰ شرط غير ملائم ـ كقوله : إن هبت الريح أو إن نزل المطر أو إن دخلت الدار فأنا كفيل ـ فلا تصحّ الكفالة ؛ لأنّ تعليق الكفالة علىٰ شرط غير ملائم لا يظهر فيه غرض صحيح .

وذهب بعض فقهاء المذهب الحنفي إلىٰ : أنّ الكفالة تصحّ إذا ما علّقت علىٰ شرط غير ملائم ويلغىٰ التعليق .

أمّا المالكيّة : فتصحّ عندهم الكفالة حال تعليقها علىٰ شروط ملائمة ، أمّا مع التعليق علىٰ شرط غير ملائم فلا تصحّ الكفالة .

←

. . . .

← والأصحّ عند الشافعيّة: عدم جواز تعليق الضمان والكفالة؛ لأنّ كلاً منهما عقد كالبيع، وهو ممتنع التعليق بالشرط.

ومقابل الأصحّ عندهم: جواز تعليق الضمان والكفالة؛ لأنّ القبول لا يشترط فيهما، فجاز تعليقهما كالطلاق.

والقول الثالث عندهم: جواز تعليق الكفالة دون الضمان؛ لأنّ الكفالة مبنية على الحاجة.

وعند الحنابلة روايتان:

الأُولىٰ: بطلان الكفالة مع التعليق.

وهو ما اختاره القاضي منهم؛ لأنّ في التعليق خطراً، فلم يجز تعليق الضمان عليه، والكفالة تثبت حقّاً لآدمي معيّن، فلم يجز تعليق ثبوته علىٰ شرط.

الثانية: صحّة تعليق الكفالة مطلقاً؛ وذلك لأنّ تعليق الكفالة والضمان علىٰ شرط صحيح كضمان العهدة.

وقد مال إلى هذه الرواية الشريف أبو جعفر وأبو الخطّاب؛ لأنّه أضاف الضمان إلىٰ سبب الوجود، فيجب أن يصحّ كضمان الدرك.

قارن: المبسوط للسرخسي ١٩: ١٧٢ وما بعدها، المغني ٥: ١٠٠ـ١٠٢، مغني المحتاج ٢: ٢٠٧، شرح فتح القدير ٦: ٢٩١ وما بعدها، الإنصاف ٥: ١٩٠ و١٩١، نهاية المحتاج ٤: ٤٥٦، الفتاوىٰ الهندية ٣: ٢٧١ و٢٧٥ و٢٧٨، الشرح الصغير للدردير ٣: ٤٥٢، حاشية الدسوقي علىٰ الشرح الكبير ٣: ٣٣٨، حاشية ردّ المحتار ٥: ٢٨٩ و٣٠٦ وما بعدها.

هذا كلّه ما يتعلّق بالكفالة المعلّقة.

أمّا الكفالة المضافة فقد ذهب جمهور الفقهاء إلىٰ: جواز إضافة الكفالة بالمال إلىٰ أجل مستقبل، كأن يقول الكفيل: أنا ضامن لك هذا المال أو هذا الدين ابتداءً من أوّل الشهر القادم، وفي هذه الحالة لا يكون كفيلاً إلاّ في ذلك الوقت، أمّا قبله فلا يعدّ كفيلاً ولا يطالب بالمال، وإذا توفّي قبل الوقت المحدّد لا يؤخذ الدين من تركته.

وفرّق الحنفيّة بين إضافة الكفالة وتأجيل الدين المكفول به، فالكفالة المضافة هي التي تتعلّق بدين غير موجود عند إنشائها، ولكنّها تعلّقت به بسبب إضافتها إليه، كما لو قال الكفيل للدائن: أنا كفيل بما ستقرضه لفلان من المال، أو بسبب تعليقها به، كما لو قال: إن أقرضت فلاناً مبلغ كذا فأنا

←

. . . .

← كفيل به.

وهذا النوع من الكفالة لا ينعقد إلاّ بعد وقوع ما علّق به، ولا يترتّب عليه أثر إلاّ من ذلك الوقت.

أمّا إذا كان الدين المكفول موجوداً عند إنشاء الكفالة فقد يكون حالاً وقد يكون مؤجّلاً.

فإن كان الدين المكفول حالاً وأُضيفت كفالته إلىٰ زمن مستقبل ـ كأن يقول الكفيل للدائن: كفلت لك دينك الذي على فلان ابتداءً من أوّل الشهر الآتي ـ فلا يكون للكفالة أثر إلاّ من أوّل الشهر الآتي، ويتأجّل الدين بالنسبة إلىٰ الكفيل وحده بسبب إضافة الكفالة.

أمّا بالنسبة إلىٰ المدين فلا يتغيّر وصف الدين بل يظلّ حالاً؛ إذ لا يلزم من تأجيل الدين علىٰ الكفيل ـ بسبب كفالته المضافة ـ تأجيله علىٰ المدين الأصيل.

وفي هذه الصورة تكون الكفالة منعقدة في الحال، ولكن آثارها لا تظهر إلاّ عند حلول الأجل.

وإن كان الدين المكفول مؤجّلاً عند إنشاء الكفالة وكانت الكفالة مطلقة ـ بأن قال الكفيل: كفلت لك دينك الذي على فلان ـ فإنّ مطالبة الكفيل ترجأ إلىٰ وقت حلول الدين علىٰ الأصيل؛ لأنّ الكفالة المطلقة بدين تلزم بما يتّصف به من الحلول أو التأجيل.

وفي هذه الصورة أيضاً تكون الكفالة منعقدة في الحال، ولكن آثارها لا تظهر إلاّ عند حلول الأجل.

ومن هذا البيان يتّضح أنّ جمهور الحنفيّة يجيز إضافة الكفالة بالمال إلىٰ الزمن المستقبل، ويترتّب علىٰ ذلك أنّ إضافتها إلىٰ وقت معلوم أو مجهول جهالة غير فاحشة لا يمنع من جوازها إلىٰ الأجل الذي ذكر، وذلك كإضافتها إلىٰ الحصاد أو إلىٰ المهرجان أو إلىٰ النيروز؛ أمّا إضافة الكفالة إلىٰ أجل مجهول جهالة فاحشة ـ كنزول المطر ـ فلا تصحّ؛ لأنّ ذلك ليس من الآجال المتعارفة أو المنضبطة، وإذا بطل الأجل ـ لتفاحش الجهالة فيه وعدم تعارفه ـ صحّت الكفالة وكانت منجّزة.

وذهب المالكيّة إلىٰ: صحّة إضافة الكفالة إلىٰ زمن مستقبل معلوم، وحينئذٍ لا يطالب الكفيل إلاّ إذا حلّ الأجل.

وكذلك تصحّ الكفالة إذا أُضيفت إلىٰ أجل مجهول جهالة غير فاحشة، كخروج العطاء.

ولكنّ القاضي يضرب له أجلاً بقدر ما يرىٰ، وعندئذٍ لا يترتّب علىٰ الكفالة أثرها إلاّ بحلول الأجل الذي أُضيفت إليه.

وقال الحنابلة: إن كفل إلىٰ أجل مجهول لم تصح الكفالة؛ لأنّه ليس له وقت يستحقّ مطالبته فيه ←

أكثر هذه الأمثلة المذكورة في هذه المادّة هي من باب ضمان ما لم يجب ، والمشهور ـ عند فقهائنا ـ بطلانها جميعاً [(١)] .

والتحقيق فيها : التفصيل ، فمثل قوله : إن لم يعطك طلبك فأنا ضامن ، صحيح ، ومثل قوله : إن سرق فلان مالك فأنا ضامن ، أو : بالمبلغ الذي ستقرضه فلاناً ، أو : بالشيء الذي يغصبه فلان ، و : بثمن المال الذي ستبيعه لفلان ، كلّها باطلة ولا أثر لها حتّى بعد القبض والغصب والبيع والسرقة ، فإنّ [ـه] لم يكن ثابتاً وقت الضمان ، لا حقيقة وفعلاً ولا اقتضاءً وقوّة ، بخلاف الضمان بعد البيع ، والضمان على فرض عدم الدفع ، أو ضمان درك الثمن على فرض ظهور استحقاق المبيع ، وأمثالها ممّا يكون الحقّ بين ما هو

← وهكذا الضمان ، وإن جعله إلىٰ الحصاد والجذاذ والعطاء خرج علىٰ الوجهين ، كالأجل في البيع .

والأولىٰ صحّتها هنا ؛ لأنّه تبرّع من غير عوض جعل له أجلاً لا يمنع من حصول المقصود منه فصحّ ، كالنذر ، وهكذا كلّ مجهول لا يمنع مقصود الكفالة .

وقال الشافعيّة : لو نجّز الكفالة وشرط تأخير المكفول به شهراً ـ كقول الكفيل : ضمنت إحضاره وأحضره بعد شهر ـ جاز ؛ لأنّه التزام بعمل في الذمّة ، فكان كعمل الإجارة يجوز حالاً ومؤجّلاً .

وخرج بشهر ـ مثلاً ـ التأجيل بمجهول ، كالحصاد ، فلا يصحّ التأجيل إليه ، والأصحّ أنّه يصحّ ضمان الحال مؤجّلاً أجلاً معلوماً ؛ إذ الضمان تبرّع ، والحاجة تدعو إليه ، فكان على حسب ما التزمه ، ويثبت الأجل في حقّ الضامن علىٰ الأصحّ ، فلا يطالب إلاّ كما التزم .

ومقابل الأصحّ : لا يصحّ الضمان للمخالفة .

ووقع في بعض نسخ المحرّر تصحيحه ، قال في الدقائق : والأصحّ ما في بقية النسخ والمنهاج .

ولو ضمن المؤجّل مؤجّلاً بأجل أطول من الأوّل فكضمان الحال مؤجّلاً .

راجع المصادر المتقدّمة المذكورة في مسألة الكفالة المعلّقة بالإضافة إلىٰ : المدوّنة الكبرىٰ ٥ : ٢٨١ و ٢٨٢ ، مواهب الجليل ٥ : ١٠١ .

(١) انظر : المختلف ٥ : ٤٨٧ ، المسالك ٤ : ١٩٥ ، الجواهر ٢٦ : ١٣٥ .

ثابت فعلاً ـ أي : حين الضمان ـ وبين ما هو ثابت بالقوّة ؛ لتحقّق مقتضيه ، وهو البيع المقتضي لضمان الدرك .

(مادّة : ٦٣٧) يلزم عند تحقّق الشرط تحقّق الوصف والقيد أيضاً .

مثلاً : لو قال : كلّ ما حكم [به] على فلان فأنا كفيل بأدائه ، وأقرّ ذلك بكذا دراهم ، لا يلزم أداء الكفيل ذلك ما لم يلحقه حكم الحاكم [1] .

(مادّة : ٦٣٨) في الكفالة بالدرك لو ظهر للمبيع مستحقٌّ لا يؤاخذ الكفيل ما لم يحكم ـ بعد المحاكمة ـ على البائع بردّ الثمن [2] .

(مادّة : ٦٣٩) لا يطالب الكفيل في الكفالة المؤقّتة إلاّ في ظرف مدّة الكفالة .

مثلاً : لو قال : أنا كفيل من هذا اليوم إلى شهر ، لا يطالب الكفيل إلاّ في ظرف هذا الشهر ، وبعد مروره يبرأ من الكفالة [3] .

---

(١) وردت عبارة : (**أنا كفيل بما يحكم به على فلان ، وأقرّ فلان المذكور بكذا دراهم ، فلا يلزم الكفيل أداؤه**) بدل عبارة : (**كلّ ما حكم [به] على فلان فأنا كفيل بأدائه ، وأقرّ ذلك بكذا دراهم ، لا يلزم أداء الكفيل ذلك**) في شرح المجلة لسليم اللبناني ١ : ٣٤٨.

ووردت عبارة : (**أنا كفيل بأداء أيّ شيء يحكم به على فلان**) بدل المقطع المقابل لهذه العبارة الوارد في المتن ، وذلك في درر الحكّام ١ : ٦٦٢.

(٢) وردت المادّة نصّاً في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٣٤٩.

ووردت في درر الحكّام (١ : ٦٦٣) بلفظ :

(**لا يؤاخذ الكفيل بالدرك إذا ظهر مستحقّ ما لم يحكم ـ بعد المحاكمة ـ على البائع بردّ الثمن**).

راجع : البحر الرائق ٦ : ٢١٨ ، و٢٣٧ و ٢٤٠ ، الفتاوىٰ الهندية ٣ : ٢٨٦ ـ ٢٨٧ ، حاشية ردّ المحتار ٥ : ٣٠٣ و ٣٢٩.

(٣) ورد : (مضيه) بدل : (مروره) في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٣٤٩. ←

هذا الحكم إنّما يتمّ بناءً على أنّ الضمان ضمّ ذمّة إلى ذمّة ، أمّا بناءً على أنّه نقل المال من ذمّة إلى أُخرى بحيث تبرأ الذمّة الأُولى بمجرّد تحقّق الضمان فلا يتمّ ، بل لا يتحصّل له معنىً ، كما هو واضح .

نعم ، يتصوّر التوقيت على الطريقة الثانية ، بمعنى : استحقاق المطالبة وتنجّز الحقّ ، لا بمعنى : أنّه بعد مرور المدّة يبرأ من الكفالة وإن لم يدفع ، فتدبّره .

(مادّة : ٦٤٠) ليس للكفيل أن يخرج من الكفالة بعد انعقادها ، ولكن له ذلك قبل ترتّب الدين في ذمّة المديون في الكفالة المعلّقة والمضافة .

مثلاً : كما أنّه ليس لمن كفل أحداً عن دينه منجّزاً أن يخرج من الكفالة ، كذلك لو قال : كلّما يثبت لك دين في ذمّة فلان فأنا كفيله [1] .

← ولم ترد كلمة : (ظرف) الأُولىٰ في درر الحكّام ١ : ٦٦٥ .

قارن : الفتاوىٰ الهندية ٣ : ٢٧٨ ، حاشية ردّ المحتار ٥ : ٢٨٩ .

(١) وردت المادّة في درر الحكّام (١ : ٦٦٦) بصيغة :

(ليس للكفيل أن يخرج نفسه من الكفالة بعد انعقادها ، ولكن له ذلك قبل ترتّب الدين في ذمّة المدين في الكفالة المعلّقة والمضافة .

فكما أنّه ليس لمن كفل أحداً عن نفسه أو دينه منجّزاً أن يخرج نفسه من الكفالة ، كذلك لو قال : ما يثبت لك على فلان من الدين فأنا ضامن له ، فليس له الرجوع عن الكفالة ؛ لأنّه وإن كان ثبوت الدين مؤخّراً عن عقد الكفالة ، لكن ترتّبه في ذمّة المدين مقدّم على عقد الكفالة .

وأمّا لو قال : ما تبيعه لفلان فثمنه عليّ ، أو قال : أنا كفيل بثمن المال الذي تبيعه لفلان ، يضمن للمكفول له ثمن المال الذي يبيعه المكفول له لفلان المذكور ، إلاّ أنّ له أن يخرج نفسه من الكفالة قبل البيع ، بأن يقول : رجعت عن الكفالة فلا تبع إلىٰ ذلك الرجل مالاً ، فلو باع المكفول له شيئاً بعد ذلك فلا يكون الكفيل ضامناً ثمن ذلك المبيع) .

←

تريد هذه المادّة بيان حال عقد الكفالة من حيث الجواز واللزوم ، وأنّ هل للكفيل الخروج والتخلّي بعد انعقادها [أو لا] .

وتحرير هذه الناحية : أنّ عقد الضمان من العقود اللازمة من طرف الضامن والمضمون عنه سواء كان بإذنه أو لا .

نعم ، قد عرفت قريباً أنّ المضمون له إذا كان غير عالم بإعسار الضامن حين الضمان كان له الفسخ (١) .

كما أنّه لو اشترط الضامن أو المضمون له أو هما معاً الخيار صحّ على نحو لا يوجب الغرر والجهالة ؛ لعموم أدلّة الشروط .

والمدار على اليسار والإعسار حال عقد الضمان ، فلو كان معسراً في ذلك الحال ، ثمّ أيسر لم يسقط الخيار ، ولو انعكس الأمر لم يكن له خيار .

هذا بعد تحقّق الدين وصحّة الضمان .

أمّا المذكور في المتن من الكفالة المعلّقة التي هي قبل ترتّب الدين فهي باطلة عندنا ، كما عرفت قريباً .

وعلى تقدير صحّتها ، فيلزم الاطّراد في منجّزها ومعلّقها ومضافها ، والحكم في اللزوم في بعض والجواز في آخر تحكّم لا وجه له سوى الاستحسان .

← وورد شبيه ذلك في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٣٥٠ ـ ٣٥١ .

انظر الفتاوىٰ الهندية ٣ : ٢٨٠ و ٢٩١ .

(١) وذلك في ص ٢٤٣ .

وأيّ فرق في قوله : كلّما يثبت لك دين في ذمّة فلان فأنا كفيله ، بين أن يكون الدين ثابتاً فلا رجوع ، أو يثبت مؤخّراً فيجوز الرجوع ، فليتدبّر .

(مادّة : ٦٤١) من كان كفيلاً بردّ المال المغصوب أو المستعار وتسليمهما لو سلّمهما إلى صاحبهما يرجع بأُجرة نقليتهما على الغاصب والمستعير [١] .

هذا في صورة الإطلاق ، أمّا مع التقييد والانصراف فلا .

---

(١) ورد : (إذا) بدل : (لو) ، و : (نقلهما) بدل : (نقليتهما) في : شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٣٥١ ، درر الحكّام ١ : ٦٦٨ .

لاحظ : تبيين الحقائق ٤ : ١٥٨ ، البحر الرائق ٦ : ٢٣٠ ، حاشية ردّ المحتار ٥ : ٣٠٩ ، منحة الخالق ٦ : ٢٣٠ .

الفصل الثاني

في

بيان حكم الكفالة بالنفس

(مادّة : ٦٤٢) حكم الكفالة بالنفس هو عبارة عن : إحضار المكفول به ، أي : لأيّ وقت كان قد شرط تسليم المكفول به يلزم إحضاره على الكفيل بطلب المكفول له ذلك الوقت ، فإن أحضره فيها ، وإلاّ يجبر على إحضاره [(١)] .

هذه العبارة ـ كما ترى على طولها ـ مختلّة التركيب متفكّكة ، كعبارة تركية أو هندية !

وحقّ البيان أن يقال : إنّ الكفالة بالنفس عبارة عن : التعهّد والالتزام بإحضار إنسان في وقت معيّن أو عند طلبه من إنسان آخر .

---

(١) ورد : (فيلزم) بدل : (يلزم) في درر الحكّام ١ : ٦٧٠ .

ووردت المادّة في شرح المجلّة لسليم اللبناني (١ : ٣٥٢) بصيغة :

(حكم الكفالة بالنفس هو عبارة عن : إحضار المكفول به ، ففي أيّ وقت شرط تسليمه فعلىٰ الكفيل إحضاره في ذلك الوقت حالاً بعد طلبه من المكفول له ، فإن أحضره فيها ، وإلاّ يجبر علىٰ إحضاره) .

راجع : تبيين الحقائق ٥ : ١٤٨ ، البحر الرائق ٦ : ٢١٢ ـ ٢١٣ ، الفتاوىٰ الهندية ٣ : ٢٥٨ ، حاشية ردّ المحتار ٥ : ٢٩٩ .

ويحصل بالإيجاب من الكفيل والقبول من المكفول له .

ويشترط فيه ما يشترط في غيره من : صدورهما من بالغين رشيدين مختارين غير سفيهين ، وفي الفلس وجهان يظهران بالتأمّل .

ويعتبر رضا الكفيل والمكفول له قطعاً ، بل ورضا المكفول على الأحوط بل الأقوى .

وإذا تمّ هذا العقد كان أثره وجوب إحضار الكفيل المكفول في الوقت المعيّن أو [دفع] ما عليه من الحقّ إن أمكن في المكان المعيّن أو في بلد الكفالة مع الإطلاق ، ولو امتنع أجبره الحاكم .

ولو سلّم المكفول نفسه أو مات أو أبرأه المكفول له سقطت الكفالة .

هذا موجز ما ينبغي أن يقال في عقد الكفالة ، وهنا تفاصيل وبحوث لا يتّسع لها المجال .

الفصل الثالث

في

بيان أحكام الكفالة بالمال

(مادّة : ٦٤٣) الكفيل ضامن [١] .

يعني : أنّه متعهّد بدفع المال إمّا مطلقاً كما هو عندنا ، أو على البدل كما هو عندهم .

(مادّة : ٦٤٤) الطالب مخيّر في مطالبته ، إن شاء طالب الأصيل ، وإن شاء طالب الكفيل ، ومطالبته من أحدهما لا يسقط حقّ مطالبته من الآخر ، وبعد مطالبته من أحدهما له أن يطالب الآخر ومنهما معاً [٢] .

---

(١) قارن حاشية ردّ المحتار ٥ : ٢٨٥ .

(٢) وردت المادّة في شرح المجلّة لسليم اللبناني (١ : ٣٥٣) بصيغة :

(الطالب مخيّر في المطالبة ، إن شاء طالب الأصيل ، وإن شاء طالب الكفيل ، ومطالبته أحدهما لا تسقط حقّه بمطالبة الآخر ، وبعد مطالبة أحدهما له أن يطالب الآخر وأن يطالبهما معاً) .

وفي درر الحكّام (١ : ٦٧٣) وردت بلفظ :

(الطالب مخيّر في المطالبة ، إن شاء طالب الأصيل بالدين ، وإن شاء طالب الكفيل ، ومطالبة أحدهما لا تسقط حقّ مطالبته الآخر ، وبعد مطالبته أحدهما له أن يطالب الآخر ويطالبهما معاً) .

انظر : بدائع الصنائع ٧ : ٣٩١ ، المغني ٥ : ٨٣ ، شرح فتح القدير ٦ : ٢٩٩ و ٣٠٠ ، نهاية المحتاج ٤ : ٤٥٨ ، حاشية ردّ المحتار ٥ : ٣٢٢ ـ ٣٢٣ .

فيها من سوء البيان والتكرار الواهن ما يمجّه الذوق العربي ، وهذا من لوازم الكفالة بالمعنى المعروف عند القوم من كونها عبارة عن ضمّ ذمّة إلى أُخرى ، أمّا بالمعنى الذي عندنا فلا مجال لهذا القول ولا حقّ له إلاّ بمطالبة الكفيل ، أمّا الأصيل فقد برئ تماماً .

وقوله : (**ومنها معاً**) أي : على أن يدفع له أحدهما ، لا أن يدفعا معاً ، كما هو واضح .

(مادّة : ٦٤٥) لو كفل أحد المبالغ التي لزمت ذمّة الكفيل بالمال حسب كفالته فللدائن أن يطالب من شاء منهما [1] .

هذا أيضاً من لوازم صحّة ترامي الكفالة ، فلو كفل الكفيل كفيل آخر كان للمكفول له مطالبة من شاء منهما .

وهذا واضح بعد البناء على أنّها ذمم ينضمّ بعضها إلى بعض ، واللاحق لا يسقط السابق .

وعليه تتفرّع أيضاً :

(مادّة : ٦٤٦) المديونون من جهة الاشتراك لو كان كلّ واحد منهم كفيلاً للآخر يطالب كلّ منهم بمجموع الدين [2] .

---

(١) وردت المادّة نصّاً في درر الحكّام ١ : ٦٧٤ .
وردت في شرح المجلّة لسليم اللبناني (١ : ٣٥٣) بصيغة :
(لو كفل رجل ما لزم الكفيل بالمال بموجب كفالته فللدائن أن يطالب من شاء منهما) .
لاحظ : المغني ٥ : ٩٥ ، حاشية ردّ المحتار ٥ : ٣٣٧ .

(٢) وردت المادّة في شرح المجلّة لسليم اللبناني (١ : ٣٥٣) بصيغة :

←

أي : للمكفول له مطالبة كلّ واحد بمجموع الدين ، فإنّ كل واحد بكفالته قد صيّر الدين كلّه في ذمّته .

(مادّة : ٦٤٧) لو كان لدين كفلاء متعدّدة ، فإن كان كلّ منهم قد كفل على حدة يطالب كلّ منهم بمجموع الدين ، وإن كانوا قد كفلوا معاً يطالب كلّ منهم بمقدار حصّته من الدين ، ولكن لو كان قد كفل كلّ منهم المبلغ الذي لزم في ذمّة الآخر ، فعلى هذا الحال يطالب كلّ منهم بمجموع الدين .

مثلاً : لو كفل أحد آخر بألف ، ثمّ كفل ذلك المبلغ غيره أيضاً ، فللدائن أن يطالب من شاء منهما .

وأمّا لو كفلا معاً يطالب كلّ منهما بنصف المبلغ المذكور ، إلاّ أن يكون كلّ منهما قد كفل المبلغ الذي لزم ذمّة الآخر ، فعلى ذلك الحال يطالب كلّ منهما بالألف [1]

← **(عليهما دين لآخر من جهة واحدة وقد كفل كلّ عن صاحبه يطالب كلّ منهما بمجموع الدين) .**

ووردت المادّة في درر الحكّام (١ : ٦٧٥) بنفس ألفاظ شرح اللبناني ، ولكن بتغيير : (لآخر) إلىٰ : (مشترك) .

راجع : المغني ٥ : ٩٥ ، حاشية ردّ المحتار ٥ : ٢٨٤ .

(١) ورد : (متعدّدون) بدل : (متعدّدة) ، و : (هذه) بدل : (هذا) ، و : (لزمه الآخر) بدل : (لزم ذمّة الآخر) ، وورد تقديم : (قد كفل) علىٰ : (كلّ منهما) في درر الحكّام ١ : ٦٧٧ .

وورد : (بالدين عدّة كفلاء) بدل : (لدين كفلاء متعدّدة) ، و : (ففي هذه) بدل : (فعلىٰ هذا) ، و : (معاً فيطالب) بدل : (معاً يطالب) ، وورد كذلك التقديم المذكور سابقاً في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٣٥٤ ـ ٣٥٥ .

وراجع المصدرين المتقدّمين في الهامش السابق .

هذه المادّة أيضاً مختلّة البيان مع التطويل والتكرير المخلّ .

وتحرير هذا البحث : أنّ تعدّد الكفلاء إمّا أن يكون على نحو العموم الأفرادي البدلي نحو : جئني بأيّ رجل كان ، أو على نحو العموم المجموعي نحو : وزّع هذه المائة على هؤلاء العشرة ، أو على نحو العموم الترتيبي مثل : خصال الكفارة المرتّبة .

وعلى النحو الأوّل يتجه ما ذكرته (المجلّة) بقولها : (**فإن كان كلّ منهم قد كفل على حدة يطالب ـ أي : المكفول له ـ كلاً منهم بمجموع الدين**) يعني : على سبيل البدل ، وعلى النحو الثاني ينطبق قولها : (**وإن كانوا قد كفلوا معاً يطالب كلاً منهم بمقدار حصّته من الدين**) أي : يتوزّع الدين عليهم بالحصص .

وإلى هنا كمل بيان القسمين ، وما بقي في هذه المادّة تكرار وإعادة لهما مع تطويل مملّ وبلا فائدة ، كما هو واضح بأدنى مراجعة ، وبقي القسم الثالث لم تشر إليه أصلاً ، وهو : العموم الترتيبي .

وهو : ما لو قال كلّ واحد منهم : أنا كفيل لفلان إن لم يدفع هو ، أو : إن لم يدفع كفيله إلى الوقت الفلاني ، وهكذا .

وهذا هو الضمان المتسلسل المترتّب ، وقد يدور حتّى يرجع إلى الأوّل ، فتدبّر .

(مادّة : ٦٤٨) لو اشترط في الكفالة براءة الأصيل تنقلب إلى

الحوالة [١] .

يعني : يشترط الضامن في الضمان على المضمون له أن يبرئ ذمّة المضمون عنه الأصيل [فـ] تبرأ ، وتنقلب الكفالة حوالة ؛ لأنّها تحويل المال من ذمّة إلى ذمّة .

وهذا على مذهب الجماعة واضح ، وأمّا على مذهب الأصحاب فهذا الشرط تأكيد لا تأسيس [٢] ؛ لأنّ طبيعة الكفالة ـ أي : الضمان ـ تقتضي ذلك بذاتها ولو لم يشترط ، ولا تنقلب إلى الحوالة ؛ لأنّ الحوالة ـ عند المشهور لدى فقهائنا ـ تحويل المال من ذمّة مشغولة إلى ذمّة أُخرى ، بخلاف الضمان [٣] ، فإنّه تحويل إلى ذمّة فارغة .

وقد مرّت الإشارة إلى انتقاد هذا الرأي [٤] ، وسيأتي أيضاً تحقيقه في الحوالة إن شاء الله [٥] .

وممّا ذكرنا تتّضح وجهة البحث في :

(مادّة : ٦٤٩) الحوالة بشرط عدم براءة المحيل كفالة .

---

(١) ورد : (حوالة) بدل : (إلىٰ الحوالة) في : شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٣٥٥ ، درر الحكّام ١ : ٦٧٩ .

قارن الفتاوىٰ الهندية ٣ : ٣٠٥ .

(٢) انظر : الرياض ٩ : ٢٦٨ ، الجواهر ٢٦ : ١٢٧ .

(٣) ستأتي الإشارة إلىٰ مصادر المسألة في كتاب الحوالة .

(٤) مرّت الإشارة إليه في ص ٢٣٨ .

(٥) سيأتي في ص ٢٩٤ .

بناءً عليه . . . الخ [١] .

فإنّه يصحّ عندهم ويكون كفالة ، أي : ضماناً ، ولا يصحّ عندنا [٢] ؛ لأنّ لازم الحوالة براءة المحيل ، ولازم الضمان أن يكون الضامن غير مديون .

(مادّة : ٦٥٠) لو كفل أحد دين أحد على أن يؤدّيه من المال المودع عنده يجوز ويجبر الكفيل على أدائه من ذلك المال ، ولو تلف المال لا يلزم الكفيل شيء ، ولكن لو ردّ ذلك [المال] المودع بعد الكفالة يكون ضامناً [٣] .

تطبيق هذا الفرع على القواعد المحكمة والعقود المقرّرة المعروفة مشكل ، وباب الضمان وأخوانه من الكفالة والحوالة هو تعهّد الذمم على نحو الكلّي ، لا التعهّد في المال المعيّن الخارجي ، ويشبه أن يكون توكيلاً من المودع للودعي أن يفي دينه من وديعته التي عنده ، فلو تلفت الوديعة فالدين باقٍ ، والكفيل ـ أي : الوكيل ـ لا شيء عليه طبعاً ، إلاّ مع التعدّي أو

---

(١) وردت المادّة في شرح المجلّة لسليم اللبناني (١ : ٣٥٥) بصيغة :

(الحوالة بشرط عدم براءة المحيل كفالة .

فلو قال واحد لمديونه : أحلني بديني على فلان بشرط أن تكون أنت ضامناً أيضاً ، فأحاله المديون على هذا الوجه ، فللطالب أن يأخذ دينه ممّن شاء) .

لاحظ الفتاوى الهندية ٣ : ٢٧٨ و٣٠٥ .

(٢) راجع : المسالك ٤ : ٢١٤ ، الجواهر ٢٦ : ١٦٣ .

(٣) ورد : (آخر) بدل : (أحد) الثانية ، و : (يلزم) بدل : (يجبر) ، و : (أداؤه) بدل : (على أدائه) ، و : (الوديع ذلك المال المودع) بدل : (ذلك المودع) في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٣٥٥ ـ ٣٥٦ .

وورد : (بدين) بدل : (دين) في درر الحكّام ١ : ٦٨١ .

انظر : المغني ٥ : ٧٦ ، الفتاوى الهندية ٣ : ٢٥٤ و٢٧٣ .

التفريط .

(مادّة : ٦٥١) لو كفل أحد آخر عن نفسه على أن يحضره في الوقت الفلاني وإن لم يحضره في الوقت المذكور فعليه أداء دينه ، فإذا لم يحضره في الوقت المعيّن المذكور يلزمه أداء ذلك الدين .

وإذا توفّى الوكيل فإن سلّمت الورثة المكفول به إلى الوقت المعيّن ، أو المكفول به إن سلّم نفسه من جهة الكفالة ، لا يترتّب علىٰ طرف الكفيل شيء من المال ، وإن لم يسلّم الورثة المكفول به ، أو هو لم يسلّم نفسه ، يلزم أداء المال من تركة الكفيل .

ولو [أ]حضر الكفيل المكفول به واختفى المكفول له أو تغيّب فليراجع الكفيل الحاكم لينصب وكيلاً عوضاً عنه ويستلمه [1] .

---

(١) ورد : (بنفس شخص) بدل : (آخر عن نفسه) ، و : (في الوقت) بدل : (إلىٰ الوقت) ، و : (سلّم المكفول به نفسه) بدل : (المكفول به إن سلّم نفسه) ، و : (فلا يترتّب) بدل : (لا يترتّب) ، و : (تسلّم الورثة) بدل : (يسلّم الورثة) ، ووردت زيادة عبارة : (ولو مات المكفول له طالب ورثته) بعد : (تركة الكفيل) ، وورد : (راجع) بدل : (فليراجع) ، و : (على أن ينصب) بدل : (لينصب) ، و : (يسلّمه) بدل : (يستلمه) .

ورد كلّ ذلك في درر الحكّام ١ : ٦٨٣ .

ووردت المادّة في شرح المجلّة لسليم اللبناني (١ : ٣٥٦ ـ ٣٥٧) بهكذا نصّ :

(لو كفل بنفس واحد علىٰ [أن] يحضره في الوقت الفلاني وإلاّ فعليه دينه ، فإن لم يحضره في الوقت المعيّن لزمه أداء ذلك الدين .

وإذا توفّىٰ الكفيل فإن سلّمت الورثة المكفول عنه في الوقت المعيّن ، أو سلّم المكفول عنه نفسه من جهة الكفالة ، لا يترتّب علىٰ الكفيل شيء من المال ، وإن لم يسلّم الورثة المكفول عنه أو هو لم يسلّم نفسه وجب أداء المال من تركة الكفيل .

←

تضمنّت هذه المادّة عدّة أحكام :

١ ـ إنّه لو كفل أن يحضر نفساً فإن لم يحضره في الوقت المعيّن دفع ما عليه من الحق .

وهذا ممّا لا إشكال فيه عند جمهرة فقهاء الإسلام [١] ، بل لعلّه من مقتضيات عقد الكفالة وإن لم يشترطه ، كما سبق [٢] .

ولكن ـ مع كلّ هذا الوضوح ـ قد حاول التشكيك فيه البعض : بأنّ ذلك ليس من مقتضيات عقد الكفالة بالنفس ، فلو لم يرض المكفول له إلاّ بإحضار النفس طبقاً لصريح نصّها كان له ذلك ، ولا سبيل إلى إلزامه بقبول المال عن النفس سيّما لو كان له غرض بحضور ذات الشخص أو لم يكن هناك حقّ ثابت ، بل يريد حضوره للمرافعة معه أو التفاهم أو غير ذلك من الأغراض الخاصّة [٣] .

وكلّ ما يقال في هذا المجال وإن أمكن دفعه والجواب عنه ، ولكنّ

← **ولو أحضر الكفيل المكفول به واختفىٰ المكفول له أو تغيّب راجع الكفيل الحاكم لينصب له وكيلاً بتسليمه عنه) .**

قارن : تبيين الحقائق ٤ : ١٤٨ وما بعدها ، الفتاوىٰ الهندية ٣ : ٢٧٦ ، حاشية ردّ المحتار ٥ : ٢٩٠ و٢٩٢ .

(١) راجع : التنقيح الرائع ٢ : ١٩٦ ، المهذّب البارع ٢ : ٥٣٢ ، جامع المقاصد ٥ : ٣٩٣ ، الرياض ٩ : ٢٩٤ ، الجواهر ٢٦ : ١٨٩ .

وراجع كذلك : المغني ٥ : ٩٨ ـ ٩٩ ، المجموع ١٤ : ٤٧ و٥٢ ، مغني المحتاج ٢ : ٢٠٥ ، الفتاوىٰ الهندية ٣ : ٢٥٨ .

(٢) سبق في ص ٢٥٩ .

(٣) انظر : التذكرة ٢ : ١٠٢ ، جامع المقاصد ٥ : ٣٩٣ ، المسالك ٤ : ٢٣٧ .

الإنصاف أنّ مثل هذه الحوادث الشخصية والخصومات الخصوصية لا يمكن إعطاء الحكم الكلّي لها ، بل الأسد والأصوب إرجاعها إلى الحاكم لينظر في خصوصياتها المقامية ويحكم بما يقتضيه العدل والاستنباط النظري من القواعد الشرعية المنطبقة على المورد الخاصّ ، فتدبّره تجده ألمع من نجمة الصباح في أُفق التحقيق .

٢ ـ إذا توفّي الكفيل ، فإن سلّمت الورثة المكفول به إلى الوقت المعيّن ، أو المكفول به إن سلّم نفسه من جهة الكفالة ، لا يترتّب على الكفيل شيء من المال ، وإن لم يسلّم الورثة المكفول به . . . الخ .

وهذه الجملة تشتمل على أمرين :

الأوّل : أنّ الكفالة حقّ على الكفيل للمكفول له ينتقل بعد موته ، فيكون على وارثه ، فللمكفول له أن يطالبهم بإحضاره .

الثاني : أنّهم إذا لم يحضروه أو لم يسلّم هو نفسه وجب على الورثة دفع المال من تركة مورّثهم الكفيل .

وفي كلا الأمرين مجال للبحث والنظر يرتكز على أنّ هذا الحقّ :

أوّلاً : ليس بحقٍّ مالي حتّى يتعلّق بالوارث له أو عليه .

ثانياً : لو سلّم كونه حقّاً ماليّاً فهو حقّ خاصّ متعلّق بذات الكفيل ، كحقّ القذف وحقّ القصاص وأمثالها .

ملاك القضية هنا : أنّه ثبت بالدليل العامّ أنّ كلّ حقّ مالي للميّت فهو ينتقل

بموته إلى وارثه [١] ، ولم يثبت ـ بوجه العموم ـ أنّ كلّ حقٍّ عليه يكون بموته على وارثه ، والأصل عدم الانتقال ، إلاّ ما قام عليه الدليل في كلّ مورد بخصوصه .

٣ ـ ولو أحضر الكفيل المكفول به واختفى المكفول له أو تغيّب فليراجع الكفيل الحاكم لينصب وكيلاً عوضاً عنه ويستلمه ؛ لأنّ مثل هذه الأُمور العامّة مرجعها إلى الحاكم العامّ .

والمراد بالأُمور العامّة : ما يبتلي أحياناً به عامّة الناس ، وليس لها مرجع خاصّ يقوم بحلّ عقدتها ، فكان من الحكمة وحفظ النظام جعل مرجع لتمشيتها ، وهو الحاكم .

نعم ، يمكن أن يقال هنا : إنّه لا يلزم الرجوع إلى الحاكم ، بل يُشهد الكفيل شاهدين عدلين على أنّه أحضره في الوقت المعيّن ، ويسقط بذلك حقّ المكفول له المتغيّب ، فليتدبّر .

(مادّة : ٦٥٢) إذا كان الدين معجّلاً على الأصيل في الكفالة المطلقة ففي حقّ الكفيل أيضاً يثبت معجّلاً ، وإن كان مؤجّلاً يثبت مؤجّلاً [٢] .

---

(١) هذا مضمون حديث ، والظاهر أنّه نبوي.

راجع : مسند أحمد ٢ : ٤٥٣ و ٤ : ١٣١ ، سنن ابن ماجة ٢ : ٩١٤ ، سنن أبي داود ٣ : ١٢٣ ، شرح معاني الآثار ٤ : ٣٩٨ ، سنن الدارقطني ٤ : ٨٥ ـ ٨٦ ، السنن الكبرى للبيهقي ٦ : ٢١٤ .

ولاحظ الوسائل ولاء ضمان الجريرة ٣ : ١٤ (٢٤ : ٢٥١) .

(٢) وردت المادّة في شرح المجلّة لسليم اللبناني (١ : ٣٥٨) بلفظ :

(إن كان الدين في الكفالة المطلقة معجّلاً على الأصيل ففي حقّ الكفيل يثبت معجّلاً أيضاً ، وإن كان مؤجّلاً على الأصيل ففي حقّ الكفيل أيضاً يثبت مؤجّلاً) .

←

ومثلها :

(مادّة : ٦٥٣) [١]

وقد رجع بهما إلى أحكام كفالة المال .

ولا شكّ أنّ ضمان الدين مع الإطلاق ينطبق على وصف الدين من سائر جهاته وخصوصياته ، فإن كان معجّلاً وجب على الضامن دفعه كذلك ، وإن كان مؤجّلاً بقي على الضامن بهذا الوصف .

نعم ، يصحّ ضمان المؤجّل حالاً والحال مؤجّلاً حسب الشرط ، كما يصحّ في المؤجّل تأجيله إلى أجل آخر ، كما في :

(مادّة : ٦٥٤) كما تصحّ الكفالة مؤجّلة بالمدّة المعلومة التي أجلّ بها الدين ، كذلك تصحّ مؤجّلة بأزيد من تلك المدّة [٢] .

← ووردت زيادة عبارة : (**على الأصيل ففي حقّ الكفيل أيضاً**) بعد كلمة : (مؤجّلاً) في درر الحكّام ١ : ٦٨٧ .

وقد تقدّمت هذه المادّة في (**مادّة : ٦٣٥**) ، فراجع مصادرها في هامش المادّة المذكورة .

(١) ونصّها ـ على ما في درر الحكّام ١ : ٦٨٨ ـ هو :

(**يطالب الكفيل في الكفالة المقيّدة بالوصف الذي قيّدت به من التعجيل أو التأجيل**) .

قارن : الفتاوىٰ الهندية ٣ : ٢٧٣ و ٢٧٨ ، حاشية ردّ المحتار ٥ : ٢٨٩ .

(٢) ورد : (**بمدّة أزيد من تلك المدّة أيضاً أو أقل منها**) بدل : (**بأزيد من تلك المدّة**) في درر الحكّام ١ : ٦٨٩ .

ووردت المادّة في شرح المجّلة لسليم اللبناني (١ : ٣٥٩) بلفظ :

(**كما تصحّ الكفالة مؤجّلة إلىٰ الأجل المعلوم الذي أُجل إليه الدين ، تصحّ أيضاً مؤجّلة إلىٰ أجل أطول منه**) .

لاحظ : تبيين الحقائق ٤ : ١٥٣ ، الفتاوى الهندية ٣ : ٢٧٨ و ٢٨٠ .

(مادّة : ٦٥٥) لو أجلّ الدائن طلبه في حقّ الأصيل يكون مؤجّلاً في حقّ الكفيل وكفيل الكفيل أيضاً ، والتأجيل في حقّ الكفيل الأوّل تأجيل في حقّ الكفيل الثاني أيضاً ، وأمّا تأجيله في حقّ الكفيل فليس بتأجيل [في] حقّ الأصيل(١)

وذلك واضح ؛ لأنّ الأصيل هو الأصل والكفيل تابع ، والتابع فرع والفرع يتبع الأصل والأصل لا يتبع الفرع ، ولذا لا يتمّ هذا إلاّ على معنى الضمان بمعنى الضمّ ، أمّا بناءً على معنى النقل والتحويل فلا يأتي شيء من ذلك ؛ ضرورة أنّ الفرع قد انقلب أصلاً ولم يبق له ـ بعد براءة ذمّته ـ أيّ علاقة له مع غريمه ، فلا معنى لتأجيله وعدمه في حقّ الكفيل ولا كفيل الكفيل .

نعم ، يبقى الكلام في : أنّ تأجيل الدين في حقّ الكفيل ـ على الرأي الأوّل ـ كيف يتصوّر مع عدم سرايته إلى الأصيل مع أنّ الدين واحد ؟

وتوجيه ذلك يمكن أن يكون بتصوير : أنّ ذمّة الأصيل هي المشغولة بالدين حقيقة ، وليس على الكفيل إلاّ حقّ المطالبة ، فإذا تأجّل أصل الدين تأجّلت المطالبة طبعاً ، أمّا لو تأجّلت المطالبة ـ كما لو أجّل الكفيل ـ فالدين باقٍ على حاله من تعجيل أو تأجيل .

وتأجيل الكفيل أقصى أثره أنّه لا يطالب هو بالدين ، ولا ينافي ذلك أنّ

---

(١) ورد : (دينه) بدل : (طلبه) ، و : (صار) بدل : (يكون) ، و : (على الكفيل الأوّل) بدل : (في حقّ الكفيل الأوّل) ، و : (على الكفيل الثاني) بدل : (في حقّ الكفيل الثاني) في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٣٥٩ .

وورد التغيير الأوّل فقط في درر الحكّام ١ : ٦٩٠ .

راجع : تبيين الحقائق ٤ : ١٥٣ ، الفتاوى الهندية ٣ : ٢٧٩ .

غيره يطالب به ، فتدبّره جيّداً ، فإنّه يحتاج إلى لطف قريحة .

(مادّة : ٦٥٥) المديون مؤجّلاً لو أراد الذهاب إلى ديار أُخرى وراجع الدائن الحاكم وطلب كفيلاً يكون مجبوراً على إعطاء الكفيل [١] .

في هذه المادّة إجمال وإبهام ، وتحرير هذا البحث : أنّ المديون لو أراد السفر من بلاد فيها دائنه ، فالدين لا يخلو إمّا أن يكون حالاً أو مؤجّلاً .

فإن كان حالاً فقد وجب عليه دفعه إن كان ملياً ، فإن طالبه الدائن ولم يدفع ـ مع عدم العذر الشرعي ـ كان للدائن أن يرفع أمره إلى الحاكم كي يمنعه من السفر حتّى يؤدّي دينه .

بل لا يبعد أنّه لو يسافر ـ والحال هكذا ـ كان سفره معصية لا يجوز فيه التقصير .

وبالجملة : لا يجوز له السفر إلاّ بإرضاء دائنه بالدفع أو بالكفيل أو بغيرهما .

أمّا لو كان الدين مؤجّلاً فليس له حقّ المطالبة بالدين ولا بالكفيل ولا بغيره .

فإطلاق (المجلّة) أنّه يكون مجبوراً على إعطاء الكفيل غير سديد .

اللهمّ إلاّ أن يكون رأيهم ـ ولو استحساناً ـ أنّ له ذلك حتّى مع عدم حلول

---

(١) ورد : (السفر) بدل : (الذهاب) ، ووردت زيادة : (قبل حلول الأجل) بعد كلمة : (أُخرى) ، وورد : (يجبر المديون) بدل : (يكون مجبوراً) في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٣٦٠.
ووردت المادّة نصّاً في درر الحكّام ١ : ٦٩١.
قارن : الفتاوى الهندية ٣ : ٢٧٦ ، حاشية ردّ المحتار ٥ : ٣٣٣ و ٣٣٥.

أجل الدين مخافة أن يحلّ الأجل وهو مسافر فيتأخّر أداء الحقّ ، فليتأمّل .

ولعلّ ما ينسب إلى الحنفيّة من عدم الحقّ للدائن أن يحبس المديون عن السفر إلاّ في نفقة الزوجة [١] ناظر إلى الدين قبل حلول أجله ، ويبقى الاستثناء على ظاهره متّصلاً .

ووجهه : أنّ نفقة الزوجة بالنسبة إلى الأيام المستقبلة وإن كانت من قبيل المؤجّل ، ولكن لقرب أجله وحاجة الزوجة إليه في الغالب وأهميته يكون كالحال بل أشدّ منه ، فليتدبّر .

(مادّة : ٦٥٧) لو قال أحد لآخر : اكفلني عن ديني الذي هو لفلان ، فبعد أن كفل وأدّى عوضاً عن الدين يحسب كفالته لو أراد الرجوع على الأصيل يرجع بالشي الذي كفله ولا اعتبار للمؤدّي .

وأمّا لو صالح الدائن على مقدار من الدين يرجع ببدل الصلح ، وليس له الرجوع بمجموع الدين .

مثلاً : لو كفل بالمسكوكات الخالصة وأدّى مغشوشة يأخذ من الأصيل مسكوكات خالصة .

وبالعكس لو كفل بالمسكوكات المغشوشة وأدّى خالصة يأخذ من الأصيل مغشوشة .

كذلك لو كفل مقداراً من الدراهم وأدّاها صلحاً بإعطاء بعض أشياء يأخذ من الأصيل المقدار الذي كفله من الدراهم .

---

(١) انظر : البحر الرائق ٦ : ٢٠٧ ، الفتاوى الهندية ٣ : ٢٩٠ ، حاشية ردّ المحتار ٥ : ٢٨٤ .

ولكن لو كفل ألفاً وأدّى خمس مائة صلحاً يأخذ من الأصيل خمس مائة [١].

هذه أيضاً من مهمّات مسائل الضمان ، وهي : مسألة رجوع الضامن على المضمون عنه ، ومتى يرجع ، وبأيّ مقدار يرجع عليه ؟

وتحرير هذا المقام ـ على وجه الإيضاح والاختصار ـ : أنّ الضامن لا يستحقّ الرجوع على المضمون إلاّ بشرطين :

الأوّل : أن يكون الضمان بإذنه ، كما أشارت إليه (المجلّة) [بقولها] : (**لو قال أحد لآخر : اكفلني عن ديني**) فلو كفل من غير إذنه لم يستحق الرجوع عليه ؛ لأنّه متبرّع .

---

(١) ورد : (بديني) ، بدل : (عن ديني) ، و : (الدين) بدل : (عوضاً عن الدين) ، و : (فإنّه يرجع) بدل : (يرجع) ، و : (أمّا) بدل : (وأمّا) و : (فإنّه يرجع ببدل) بدل : (يرجع ببدل) ، و : (فإنّه يأخذ) بدل : (يأخذ) ، ووردت عبارة : (**أمّا لو كفل بألف قرش وأدّىٰ خمس مائة صلحاً فإنّه يرجع علىٰ الأصيل بخمس مائة**) بدل : (**ولكن لو كفل ألفاً وأدّىٰ خمس مائة صلحاً يأخذ من الأصيل خمس مائة**) .

كلّ ذلك ورد في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٣٦٠ ـ ٣٦١ .

وورد صدر المادّة نصّاً مع ما هو مذكور في المتن ، وذلك في درر الحكّام ١ : ٦٩٢ ، والاختلاف إنّما ورد في الأمثلة .

ونصّ ما في الدرر :

(**مثلاً : لو كفل بدراهم جياد فأدّاها زيوفاً رجع على الأصيل بدراهم جياد .**

وبالعكس لو كفل بزيوف وأدّىٰ جياداً رجع على الأصيل بزيوف لا بجياد .

وكذا لو كفل بكذا دراهم فصالح على عروض رجع على الأصيل بالدراهم التي كفلها .

وأمّا لو كفل بألف قرش وأدّى خمس مائة صلحاً رجع على الأصيل بخمس مائة) .

راجع : البحر الرائق ٦ : ٢١٩ ، الفتاوى الهندية ٣ : ٢٦٦ ، حاشية ردّ المحتار ٥ : ٣١٤ .

نعم ، يبقى الكلام في ما لو كفله بغير إذنه واطّلع هو ولم يصرّح بالرضا والإذن و لم يمنع ، فهل السكوت من الرضا ، أو الأصل براءة ذمّته من الحقّ ؟ المسألة مشكلة تحتاج إلى التأمّل .

الثاني : أنّه لا يستحقّ الرجوع إلاّ بعد الأداء ، فلا حقّ له بمطالبته المضمون عنه قبل أن يدفع الحق للمضمون له سواء كان الدين حالاً أو مؤجّلاً كليّاً أو جزئياً .

ثمّ بعد تحقّق الشرطين يستحقّ الرجوع ، ولكن بمقدار ما دفع لا بمقدار ما ضمن .

فلو صالح الضامن المضمون له بأقل من دينه لم يستحق إلاّ مقدار الصلح لا بأصل الدين ، فلو صالحه عن الألف بخمس مائة لا يأخذ منه إلاّ الخمس مائة .

وهذا الحكم ثبت بالدليل الخاصّ على خلاف القاعدة [1] ، وإلاّ فإنّ ذمّة المضمون عنه ـ حسب الفرض ـ قد اشتغلت للضامن بمقدار الدين ، كما أنّ ذمّة الضامن قد اشتغلت للمضمون له بذلك ، والصلح أو الإبراء بين للضامن والمضمون معاملة أُخرى جديدة بينهما لا علاقة لها بقضية الضمان .

وبالجملة : فبعد أن اشتغلت ذمّة المضمون عنه للضامن بالمقدار المعيّن

---

(١) قال الطباطبائي معلّقاً على المسألة : (لا يجب على المضمون عنه أن يؤدّى إلىٰ الضامن أكثر ممّا دفعه إلىٰ المضمون له ، مع أنّه لا خلاف فيه في الجملة ، ويعضده الأُصل ، وعدم الدليل على الزائد ؛ لاختصاص الفتاوى والإجماعات التي هي العمدة في الحجّة بما أدّاه خاصّة) . (الرياض ٩ : ٢٧٤) .

ولاحظ : الكافي ٥ : ٢٥٩ ، التهذيب ٦ : ٢١٠ ، الوسائل الضمان ٦ : ١ (١٨ : ٤٢٧) .

بعقد الضمان ، كيف ينقلب إلى البعض بالصلح بين الضامن والمضمون له ، وهي معاملة أُخرى أجنبية ؟!

فلا بدّ من الالتزام بأنّ الذمّة وإن اشتغلت بالمقدار ، ولكن لا يستقرّ ولا يلزم إلاّ بالأداء ، فيستقرّ ما يؤدّي ويسقط ما عداه ، وقبل الأداء يبقى مراعى .

وليس هذا بعزيز النظير وإن كان مخالفاً للقاعدة ، فإنّ المهر تشتغل به ذمّة الزوج ويبقى مراعى بالدخول ، فيلزم الجميع ، أو الطلاق أو الموت قبله فيسقط النصف ، فلا محيص من المصير إليه بعد ورود الدليل .

ويتفرّع على المراعاة سقوطه عن المضمون عنه أجمع لو أبرأ المضمون له الضامن من أصل الدين ، وهو أيضاً مخالف للقاعدة .

ولذا لو وهبه أو ورّثه أو باعه بأقل لا يتسرّى الحكم المزبور ؛ لأنّه على خلاف القاعدة ، فنقتصر على مورده الخاصّ ، وهو : ما إذا صالحه عنه ببعضه ، أمّا لو صالح عنه أو باعه بعين هي أقل قيمة فلا ، فضلاً عن الهبة والإرث .

كما أنّه لا يجري في الحوالة ، وهو المراد من قول (المجلّة) :

كذلك لو كفل مقداراً من الدراهم وأدّاها صلحاً بإعطاء بعض أشياء يأخذ من الأصيل المقدار الذي كفله من الدراهم .

ولكن لو كفل ألفاً وأدّى خمس مائة صلحاً يأخذ من الأصيل خمس مائة .

وتأتي هنا شبهة الربا ، فليتأمّل .

(مادّة : ٦٥٨) لو أغفل أحد آخر في ضمن عقد المعاوضة يضمن ضرره .

مثلاً : لو باع أحد لآخر عرصة ، وبعد إنشاء بناء فيها لو ظهر لها مستحقّ وضبطها ، فللمشتري أن يأخذ قيمة البناء حين التسليم ما عدا أخذ قيمة العرصة .

كذلك لو قال أحد لأهل السوق : هذا الصغير ولدي بيعوه بضاعة فإنّي آذنته للتجارة ، ثمّ ـ بعد ذلك ـ لو ظهر أنّ الصبي ولد غيره ، فلأهل السوق أن يطالبوه بثمن البضاعة التي باعوها للصبي [1] .

هذه القضية أجنبية عن (كتاب الضمان) الذي هو بمعنى : ضمّ ذمّة إلى ذمّة ، أو : تحويله من ذمّة إلى أُخرى ، وإنّما هو هنا بمعنى : الخسارة والغرامة أو التدارك ، وهما وإن كانا يرجعان إلى أصل واحد ، ولكنّ الأحكام تختلف باختلاف الخصوصيات فضلاً عن الفصول .

---

(١) وردت المادّة في شرح المجلّة لسليم اللبناني (١ : ٣٦٣) بلفظ :

(لو غرّ واحد آخر ضمن عقد المعاوضة يضمن ضرره .

مثلاً : لو اشترى عرصة وبنىٰ عليها ، ثمّ استحقّت وضبطت ، أخذ المشتري من البائع ثمن الأرض مع قيمة البناء حين التسليم .

وكذا لو قال لأهل السوق : هذا الصغير ولدي بيعوه بضاعةً فإنّي آذنته بالتجارة ، ثمّ ـ بعد ذلك ـ ظهر أنّ الصبي ولد غيره ، فلأهل السوق أن يطالبوه بثمن البضاعة التي باعوها من الصبي) .

ووردت المادّة في درر الحكّام (١ : ٦٩٨ ـ ٦٩٩) مع بعض الاختلافات عمّا هو في شرح المجلّة لسليم اللبناني ، وهذه الاختلافات كما يلي :

لم يرد : (وضبطت) ، وورد (أحد) قبل : (لأهل) ، ووردت زيادة كلمة : (لو) قبل : (ظهر) ، وورد : (للصبي) بدل : (من الصبي) .

لاحظ : البحر الرائق ٦ : ٢١٩ ، الفتاوى الهندية ٣ : ٢٦٦ ، حاشية ردّ المحتار ٥ : ١٣٤ و ١٣٧ .

وسبب الضمان ـ أي : الغرامة ـ هنا قاعدة الغرور [وأنّ] : (المغرور يرجع على من غرّه) .

وأهل السوق وإن كان لهم حقّ الرجوع على من غرّهم لو أتلف الصبي أموالهم ، ولكن قرار الضمان على الصبي المتلف بقاعدة : (من أتلف) يؤخذ منه بعد بلوغه .

الباب الثالث

في البراءة من الكفالة

ويحتوي على ثلاثة فصول

الفصل الأوّل

في

بيان الضوابط العموميّة

(مادّة : ٦٥٩) لو سلّم المكفول به من طرف الأصيل أو الكفيل إلى المكفول له يبرأ الكفيل من الكفالة [١] .

(مادّة : ٦٦٠) لو قال المكفول له : أبرأت الكفيل ، أو : ليس لي عند الكفيل شيء ، يبرأ الكفيل [٢] .

(مادّة : ٦٦١) لا تلزم براءة الأصيل ببراءة الكفيل [٣] .

(مادّة : ٦٦٢) براءة الأصيل توجب براءة الكفيل [٤] .

---

(١) وردت المادّة نصّاً درر الحكّام ١ : ٧٠٥.

ووردت في شرح المجلّة لسليم اللبناني (١ : ٣٦٤) دون عبارة : (من طرف الأصيل أو الكفيل) ، وورد : (برئ) بدل : (يبرأ) .

انظر : بداية المجتهد ٢ : ٢٩٤ ، شرح فتح القدير ٦ : ٢٨٩ ، البحر الرائق ٦ : ٢١٢ ، الفتاوى الهندية ٣ : ٢٥٤ و ٢٥٩ .

(٢) ورد : (حقّ) بدل : (شيء) في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٣٦٤.

ووردت المادّة نصّاً في درر الحكّام ١ : ٧٠٧.

قارن : البحر الرائق ٦ : ٢١٢ ، الفتاوى الهندية ٣ : ٢٥٩ .

(٣) راجع : الهداية للمرغيناني ٣ : ٩١ ، البحر الرائق ٦ : ٢٢٥ و ٢٢٦ و ٢٤١ ، الفتاوى الهندية ٣ : ٢٦٢ .

(٤) لاحظ : الهداية للمرغيناني ٣ : ٩١ ، البحر الرائق ٦ : ٢٢٥ و ٢٢٦ ، حاشية القليوبي على شرح←

هذه المواد ـ مع وضوحها ـ قد تقدّم أكثرها [١] ، واتّضحت مداركها ، وأنّ براءة الأصل تستلزم براءة الفرع دون العكس .

وذلك محصّل هذه المواد الأربع .

← المنهاج ٢ : ٣٣١ ، الفتاوى الهندية ٣ : ٢٦٢ .

(١) تقدّم ذكرها في ص ٢٥٨ و ٢٦٣ ـ ٢٦٤ .

الفصل الثاني

في البراءة من الكفالة بالنفس

(مادّة : ٦٦٣) لو سلّم الكفيل المكفول به في محلٍّ تمكن فيه المخاصمة ـ كالمصر أو القصبة ـ إلى المكفول له يبرأ الكفيل من الكفالة سواء قبل المكفول له أو لم يقبل .

ولو كفل على أن يسلّمه في مجلس الحاكم وسلّمه في الزقاق لا يبرأ من الكفالة ، ولكن لو سلّمه بحضور ضابط يبرأ [١] .

العبارة ـ كما يتذوّقها صاحب الذوق السليم العربي ـ مشوّهة الخلقة والتركيب .

وحاصلها : أنّ محلّ تسليم الكفيل المكفول للمكفول له ـ مع الإطلاق ـ بلد أو قصبة يمكن فيه المخاصمة لوجود حاكم أو محكمة أو حكومة أو ما أشبه ذلك ، فلو سلّمه في بلد[ة] هي كذلك برِئ ، أمّا مع اشتراط تسليمه في بلدة معيّنة فلا يبرأ حتّى يسلّمه فيها أو في مجلس الحاكم أو غيره حسب الشرط .

---

(١) ورد : (كالبلد) بدل : (كالمصر) ، ووردت زيادة بعد كلمة : (يقبل) ، وهي عبارة : (**ولكن لو شرط تسليمه في بلدة معيّنة لا يبرأ في بلدة أُخرى**) في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٣٦٦.

ووردت الزيادة المزبورة في درر الحكّام ١ : ٧١٢.

انظر : الهداية للمرغيناني ٣ : ٨٨، الاختيار ٢ : ١٦٧ ، الفتاوى الهندية ٣ : ٢٥٩.

والأصحّ أنّه مع الشرط هو المتّبع ، ومع الإطلاق فالبلدة التي وقع عقد الكفالة فيها سواء كان فيها حكومة أو حاكم أم لا .

(مادّة : ٦٦٤) يبرأ الكفيل بمجرّد تسليم المكفول به بطلب المطالب ، أمّا لو سلّمه بدون الطلب فلا يبرأ ما لم يقل : سلّمته بحكم الكفالة [١] .

هذا حكم أشلّ ، بل تحكّم محض ! فإنّ الكفيل لا يلزمه أكثر من تسليمه المكفول للمكفول له في الوقت المعيّن والزمن المعيّن والزمن المخصوص إن شرط شيء منهما في العقد ، ولا أثر للطلب وجوداً ولا عدماً ، إلاّ مع الشرط أيضاً ، كما لا أثر لقول : إنّه سلّمه بحكم الكفالة .

وأغرب من هذا ما في :

(مادّة : ٦٦٥) لو كفل على أن يسلّمه في اليوم الفلاني وسلّمه قبل ذلك اليوم يبرأ من الكفالة وإن لم يقبل المكفول له [٢] .

وما أبعد ما بين المادّتين ! والأُولىٰ جعلت ما ليس بمشروط شرطاً ، والثانية جعلت الشرط كغير المشروط ، وما أدري كيف صار هذا الشرط لغواً مع أنّه شرط سائغ وقد يتعلّق به غرض عقلائي ويكون له فائدة مهمّة بإحضاره في اليوم المعيّن ، فلو أحضره في غير ذلك اليوم لم يحصل غرضه ؟! وكيف يلزم به مع عدم قبوله ؟! وهذا واضح جدّاً .

---

(١) ورد : (الطالب) بدل : (المطالب) ، و : (وأمّا) بدل : (أمّا) ، و : (طلب الطالب) بدل : (الطلب) في درر الحكّام ١ : ٧١٤ .

وورد التغيير الأوّل والثالث في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٣٦٧ .

قارن الفتاوى الهندية ٣ : ٢٦١ .

(٢) راجع : الاختيار ٢ : ١٦٨ ، البحر الرائق ٦ : ٢١٢ ، الفتاوى الهندية ٣ : ٢٦١ .

(مادّة : ٦٦٦) لو مات المكفول به كما يبرأ الكفيل من الكفالة ، كذلك يبرأ كفيل الكفيل .

كذلك لو توفّي الكفيل كما برِئ هو من الكفالة ، كذلك يبرأ كفيله أيضاً .

ولكن لا يبرأ الكفيل من الكفالة بوفاة المكفول له ويطالب وارثه [1] .

موت المكفول يوجب بطلان الكفالة ؛ لزوال الموضوع ، فيبرأ الكفيل وكفيل الكفيل .

وهكذا موت الكفيل ، فإن زواله يوجب زوال ذمّته وتعهّده ، وليس هو حقّ مالي مباشرة حتّى ينتقل كالدين على ورثته أو على تركته .

نعم ، لو مات المكفول له بقي الحقّ على الكفيل أن يسلّمه إلى ورثته ، فإنّه حقّ مورّثهم ، فينتقل إلى ورثته بموته .

---

(١) ورد : (فكما) بدل : (كما) في موضعين من هذه المادّة ، ولم يرد لفظ : (كذلك) في الموضعين أيضاً ، وورد : (يبرأ) بدل : (برِئ) ، وذلك في : شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٣٦٧ ، درر الحكّام ١ : ٧١٥ .

لاحظ : الهداية للمرغيناني ٣ : ٨٨ ، الاختيار ٢ : ١٦٨ ، الفتاوى الهندية ٣ : ٤٥٩ و ٦٦٢ .

الفصل الثالث

في

البراءة من الكفالة بالمال

(مادّة : ٦٦٧) لو توفّي الدائن وكانت الوراثة منحصرة في المديون يبرأ الكفيل من الكفالة [١] .

وهذا أيضاً من قبيل زوال الموضوع ، أو بحكم وصول الحقّ ، فلا موضوع للكفالة .

أمّا لو كان له وارث آخر غير مديون لم يبرأ من حصّة الوارث الآخر غير المديون ، وهو واضح .

(مادّة : ٦٦٨) لو صالح الكفيل أو الأصيل الدائن على مقدار من الدين يبرءان ، اشترطت براءتهما أو براءة الأصيل فقط أو لم يشترط شيء .

وإن اشترطت براءة الكفيل فقط يبرأ الكفيل فقط ، ويكون الطالب

---

(١) للمادّة تكملة ، وتكملتها ـ على ما في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٣٦٨ ـ هي :

(وإن كان للدائن وارث آخر يبرأ الكفيل من حصّة المديون فقط ، ولا يبرأ من حصّة الوارث الآخر) .

قارن الفتاوى الهندية ٣ : ٢٦٢ .

مخيّراً إن شاء أخذ مجموع دينه من الأصيل ، وإن شاء أخذ بدل الصلح من الكفيل والباقي من الأصيل [١] .

الكفالة ـ أي : الضمان ـ وإن جعلناه ـ كما عند القوم ـ ضمّ ذمّة إلى ذمّة ، لكنّ الأصل فيه هو الأصيل ـ أي : المديون المضمون عنه ـ والكفيل فرع له .

فلو أنّ الدائن أبرأ الأصيل أو صالحه أو أمهله سرى كلّ ذلك إلى الفرع ـ أي : الكفيل الضامن ـ بمعنى : أنّه إذا أبرأ الدائن ذمّة المضمون عنه (المدين) برِئت قهراً ذمّة الكفيل ؛ لسقوط الدين وزوال الموضوع .

وكذا لو صالحه على مقدار منه يبرءان معاً من الزائد عن مال المصالحة .

وهذا يترتّب قهراً سواء اشترطا براءتهما أو لم يشترطا ، فإنّ هذا من اللوازم القهرية للإبراء والإسقاط والصلح .

نعم ، لو أبرأ الكفيل فقط لم يبرأ الأصيل ؛ لما عرفت من أنّ الأصل لا يتبع الفرع ، وبراءة الكفيل لا تستلزم براءة الأصيل [٢] .

فلو صالح الدائن الكفيل على مقدار أخذه وطالب الأصيل بالباقي ، أو أخذ الجميع منه ؛ لأنّ ذمّته في الأصل هي المشغولة .

(مادّة : ٦٦٩) لو أحال الكفيل المكفول له على أحد وقبل المكفول له

---

(١) وردت زيادة كلمة : (إن) قبل : (اشترطت) ، وورد : (اشترط براءة) بدل : (اشترطت براءة) في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٣٦٨.

ووردت الزيادة المزبورة فقط في درر الحكّام ١ : ٧١٧.

انظر : الهداية للمرغيناني ٣ : ٩١ ـ ٩٢ ، الاختيار ٢ : ١٦٩ ، الفتاوى الهندية ٣ : ٢٦٣ .

(٢) وذلك في ص ٢٨٢.

والمحال عليه يبرأ الكفيل والمكفول عنه أيضاً [١] .

يعني : يبرأ الأصيل والكفيل ؛ لأنّ تحويله مع قبوله بحكم الأداء ، كما سيأتي في باب الحوالة إن شاء الله [٢] .

(مادّة : ٦٧٠) لو مات الكفيل بالمال يطالب بالمال المكفول به من تركته [٣] .

لأنّه حقّ مالي كالدين ، فإذا بطلت ذمّة الكفيل بالموت انتقل الحقّ وصار في أمواله كسائر الديون .

(مادّة : ٦٧١) الكفيل بثمن المبيع إذا انفسخ البيع أو ضبط المبيع بالاستحقاق أو ردّ بعيب يبرأ من الكفالة [٤] .

كلّ ذلك لسقوط الحقّ المضمون ، فتسقط كفالته والتعهّد به .

(مادّة : ٦٧٢) لو استؤجر مال إلى تمام مدّة معلومة ، وكفل أحد بدل

---

(١) ورد : (واحد) بدل : (أحد) ، و : (برئ) بدل : (يبرأ) ، و : (الأصيل) بدل : (المكفول عنه أيضاً) في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٣٦٩.
ووردت المادّة نصّاً في درر الحكّام ١ : ٧١٨.
راجع الفتاوى الهندية ٣ : ٢٦٣ .

(٢) سيأتي في ص ٣١٧ و ٣٢٧ ـ ٣٢٨.

(٣) لاحظ : البحر الرائق ٦ : ٢١١ و ٢١٣ ، الفتاوى الهندية ٣ : ٢٥٣.

(٤) وردت المادّة نصّاً في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٣٦٩.
وورد : (استحقّ المبيع) بدل : (ضبط المبيع بالاستحقاق) في درر الحكّام ١ : ٧٢٠.
قارن الفتاوى الهندية ٣ : ٢٦٤ .

الإجارة التي سمّيت ، تنتهي كفالته عند انقضاء مدّة الإجارة[1] .

هذا مع الإطلاق وبناءً على أنّ استحقاق الأُجرة يكون عند انتهاء المدّة ، وإلاّ فيتبع الشرط ، ومع الإطلاق فعند تسليم العين المستأجرة ، فتدبّره جيّداً .

وأمّا قوله : (**فإن انعقدت إجارة جديدة ـ بعد ذلك ـ على ذلك المال لا تكون الإجارة شاملة لهذا العقد**) فهو مستدرك واضح لا حاجة إلى بيانه .

(١) ورد : (نهاية) بدل : (تمام) ، و : (واحد) بدل : (أحد) ، و : (يبدل) بدل : (بدل) في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٣٧٠ .

أمّا المقطع الثاني للمادّة الذي سيذكره المؤلّف ﷺ فورد في المصدر السابق : (تلك الكفالة) بدل : (الإجارة) .

وفي درر الحكّام (١ : ٧٢٠) لم يرد سوى التغيير الأخير .

انظر الفتاوى الهندية ٣ : ٢٨٩ .

الكتاب الرابع

الحوالة

ويشتمل على مقدّمة وبابين



بسم الله الرحمن الرحيم

وله الحمد

المقدّمة

في

بيان الاصطلاحات الفقهيّة المتعلّقة بالحوالة

(مادّة : ٦٧٣) الحوالة : نقل الدين من ذمّة إلى ذمّة أُخرى[١] .

بعد أن كان الضمان عندهم ضمّ ذمّة إلىٰ أُخرى يتّجه تعريف الحوالة بالتعبير المزبور .

وأوضح منه تعبير بعضهم : بأنّها نقل الدين من ذمّة إلى أُخرى بدين مماثل له[٢] .

(١) وردت المادّة نصّاً في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٣٧١ .

وردت المادّة في درر الحكّام (٢ : ٣) بزيادة كلمة : (هي) بعد كلمة : (الحوالة) .

قارن : مغني المحتاج ٢ : ١٩٣ ، شرح فتح القدير ٦ : ٣٤٦ ، تبيين الحقائق ٤ : ١٧١ ، البناية في شرح الهداية ٧ : ٧٣٤ ، الإنصاف ٥ : ١٩٩ ، الدر النقي ٣ : ٥٠٧ ، البحر الرائق ٦ : ٢٤٤ ، نهاية المحتاج ٤ : ٤٢١ ، شرح منتهى الإرادات ٢ : ٢٥٦ ، مجمع الأنهر ٢ : ١٤٦ ، الفتاوى الهندية ٣ : ٢٩٥ ، حاشية ردّ المحتار ٥ : ٣٤٠ ، اللباب ٢ : ١٦٠ .

(٢) هذا من جملة التعاريف للحوالة عند المالكيّة ، وقد نقل الحطّاب هذا التعريف عن ابن عرفة ←

أمّا بناءً على أنّ الضمان هو نقل المال من ذمّة إلى ذمّة ـ كما هو عند الإماميّة [١] ـ فقد قيّدوا الحوالة ـ للفرق بينها وبين الضمان ـ بأنّها : تحويل المال من ذمّة إلى ذمّة مشغولة ، أو : تحويل المديون دائنه على مديونه [٢] ، وإن أجزنا الحوالة على البريء قلت : إحالة المديون دائنه على غيره .

وتحرير هذا البحث القائم على وجه يتّضح به فلق الحقّ والتحقيق : أنّه كما أنّ الضمان أو الكفالة باصطلاحهم كان يبتني علىٰ أربعة أركان : (الضامن ، والمضمون له ، والمضمون عنه ، والمال المضمون) فكذلك الحوالة تبتني على مثلها : (المحيل ، والمحال عليه ، والمحال ، والحقّ المحال به) .

فالمحال عليه في باب الحوالة يوازي الضامن في باب الضمان سوىٰ أنّ الضامن عندهم ـ كما عرفت سابقاً [٣] ـ يلزم أن يكون غير مشغول الذمّة بما يضمنه ، بخلاف المحال عليه حيث يلزم أن يكون مشغول الذمّة بما أُحيل عليه .

وجعلوا هذا هو الفرق بين الضمان والحوالة بعد تساويهما في نقل المال من ذمّة إلى أُخرىٰ ، ولكن في الضمان إلىٰ ذمّة بريئة ، وفي الحوالة إلىٰ ذمّة

← في مواهب الجليل ٥ : ٩٠ .

ولاحظ كذلك الشرح الصغير للدردير ٣ : ٤٢٣ .

(١) تقدّم ذكر ذلك في ج ١ ص ٢٤١ و ٢٤٧ ، وكذلك في هذا الجزء ص ٢٢٠ .

(٢) انظر : الحدائق ٢١ : ٤٦ ، الرياض ٩ : ٢٧٨ ، الجواهر ٢٦ : ١٦٠ .

(٣) سبق في ص ٢٣٧ .

مشغولة [١].

وقد سبقت الإشارة إلى الخدشة في هذا الفرق [٢]، وأنّ الضمان والحوالة متباينان أو متغايران من حيث الجوهر والذات، والفرق بينهما ـ بالنحو المذكور عند الأصحاب ـ يشبه أن يكون من قبيل التعليل بالعرضي مع وجود الذاتي، فإنّ حقيقة الضمان تعهّد والتزام، أي: جعل الإنسان سلطنة على نفسه سواء كان مشغول الذمّة أو بريئاً، وحقيقة الحوالة إزالة السلطنة عن نفسه وجعل سلطنة لغيره على غيره سواء كان أيضاً مشغول الذمّة أو بريئاً وعلى مشغول الذمّة أو بريء.

فالقضية ليست قضية اشتغال أو براءة وإن كان الغالب في الضمان البراءة وفي الحوالة الاشتغال، بل قضية الفرق بين العقدين ترجع إلى جوهر الحقيقتين وإن اتّفقا في أكثر الأثر.

وعلى كلّ حال، ففي التعريفات المزبورة للضمان أو للحوالة تسامحات واضحة، ويهوّن الأمر أنّ الغرض منها الإشارة إلى الشيء من بعض وجوهه، لا الإشارة إليه من حيث حقيقته وكنهه أو كلّ وجوهه، فليتدبّر.

أمّا المواد من (٦٧٤) إلى (٦٧٧) [٣] فهي واضحة لا يتماسك عليها أيّ

---

(١) لاحظ: المبسوط للسرخسي ٢٠: ١٦١، البحر الرائق ٦: ٢٤٥، حاشية ردّ المحتار ٥: ٣٤٠، اللباب ٢: ١٦٠.

(٢) سبقت الإشارة إلى ذلك في ص ٢٣٧ و ٢٣٨.

(٣) نصوص هذه المواد ـ كما في درر الحكّام ٢: ٧ ـ كما يلي:

(مادّة: ٦٧٤) المحيل هو: الشخص الذي أحال، أي: المدين.

←

تعليق .

(مادّة : ٦٧٨) الحوالة المقيّدة هي : التي قيدّت بأن تعطى من مال المحيل الذي هو في ذمّة المحال عليه أو في يده [(١)] .

بناءً على تعريفهم الحوالة بأنّها نقل المال من ذمّة إلى أُخرى يخرج منها التحويل على مال المحيل الخارجي الذي هو في يد المحال عليه ، بل هو في الحقيقة ليس له أيّ علاقة بالحوالة ، وإنّما هو وكالة على الدفع والتسليم ، لا نقل مال من ذمّة إلى أُخرى ، كما هو واضح .

وأمّا :

(مادّة : ٦٧٩) الحوالة المطلقة هي : التي لم تقيّد بأن تعطى من مال المحيل الذي هو عند المحال عليه [(٢)] .

← **(مادّة : ٦٧٥) المحال له هو : الشخص الدائن .**

(مادّة : ٦٧٦) المحال عليه هو : الذي قبل الحوالة على نفسه .

(مادّة : ٦٧٧) المحال به هو : المال المحال .

قارن : شرح فتح القدير ٦ : ٣٤٦ ، البناية في شرح الهداية ٧ : ٧٣٤ ، مجمع الأنهر ٢ : ١٤٦ ، البحر الرائق ٦ : ٢٤٤ ، حاشية ردّ المحتار ٥ : ٣٤٠ ـ ٣٤١ ، اللباب ٢ : ١٦٠ .

(١) وردت المادّة بزيادة كلمة : (الحوالة) بعد : (هي) في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٣٧٢ .

ووردت في درر الحكّام (٢ : ٧) بصيغة :

(الحوالة المقيّدة هي : الحوالة التي قيّدت بأن تعطىٰ من المال الذي للمحيل بذمّة المحال عليه أو بيده) .

انظر : المبسوط للسرخسي ٢٠ : ٥٤ ، شرح فتح القدير ٦ : ٣٥٥ ، البناية في شرح الهداية ٧ : ٧٤٢ ، مجمع الأنهر ٢ : ١٤٩ ، البحر الرائق ٦ : ٢٥١ ، الفتاوى الهندية ٣ : ٢٩٩ .

(٢) وردت المادّة نصّاً في شرح المجلّة لسليم البناني ١ : ٣٧٢ . ←

هذا مبني على جواز الحوالة على البريء .

وتحرير البحث : أنّ المحال عليه إمّا أن يكون مشغول الذمّة للمحيل أو لا ، والثاني هو الحوالة على البريء .

والأوّل إمّا أن يحيل على ذلك المال الذي له في ذمّة المحال عليه أو بمال آخر مغاير ، والأوّل هو القدر المتيقّن والمتعارف من الحوالة .

والثاني إمّا أن يكون الملحوظ بالمال المحول المال الذي له في ذمّة المحال عليه أو لا .

والأوّل كما لو قال : أحلتك عليه بعشرة دراهم من الدنانير التي لي عليه .

ويظهر من بعض أساتيذنا بطلانها [1] ، والأصحّ الصحّة ، فيكون كوفاء الدين بغير الجنس ، كما لو كان له دنانير فوفّاه بدراهم ، فإنّه يكون كمعاملة ضمنية مطوية ، يعني : إنّه باعه الدراهم بالدنانير التي في ذمّته .

وكذا في المقام ، فإنّه استبدل الدينار أو الدينارين بعشرة دراهم وأحال عليها ورضي الثلاثة بذلك ، فما المانع من صحّته ؟!

أمّا لو أحال عليه بمال آخر من دون نظر إلى المال الذي له بذمّته ، فيكون كلّ من المحيل والمحال عليه مشغول الذمّة لصاحبه ، فيتحاسبان ، فإمّا

← ووردت عبارة : (**المال الذي للمحيل بيد المحال عليه**) بدل عبارة : (**مال المحيل الذي هو عند المحال عليه**) في درر الحكّام ٢ : ٨.

راجع المصادر المتقدّمة في الهامش السابق ، ومن ضمنها : الفتاوى الهندية ٣ : ٢٩٧ .

(١) لاحظ ما ذكره اليزدي في العروة الوثقىٰ ٢ : ٥٦٢ ـ ٥٦٣ (وإن كان الأقوى عنده الصحّة) .

التهاتر أو يردّ كلّ واحد منهما الزائد للآخر .

ولو أحال عليه بمثل ما عليه جنساً وقدراً من دون نظر إلى ما في ذمّته فالتهاتر قهراً .

الباب الأوّل

في بيان عقد الحوالة

وينقسم إلى فصلين



الفصل الأوّل

في بيان ركن الحوالة

(مادّة : ٦٨٠) لو قال المحيل لدائنه : حوّلتك على فلان ، وقبل الدائن ، تنعقد الحوالة [١] .

المراد بهذا بيان : أنّ الحوالة عقد يتركّب من إيجاب المحيل بلفظ : (حوّلتك) ، وقبول المحال وهو دائن المحيل ، ويكفي هذا في انعقاد الحوالة .

وكأنّها تشير إلى عدم اعتبار رضا المحال عليه ، وهو أحد الأقوال في المسألة عندنا [٢] .

ولكنّ المشهور عند فقهاء الإماميّة اعتبار رضا الثلاثة [٣] ، بل قيل : إنّه

---

(١) وردت المادّة نصّاً في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٣٧٢.

وورد : (إذا) بدل : (لو) ، و : (أحلتك) بدل : (حوّلتك) ، و : (المحال له والمحال عليه) بدل : (الدائن) في درر الحكّام ٢ : ١٤.

لاحظ : المغني ٥ : ٥٥ و٥٨ و٦٠ ، مغني المحتاج ٢ : ١٩٣ ، حاشية البجيرمي على منهج الطلاّب ٣ : ٢١ و٢٣ ، الفتاوى الهندية ٣ : ٢٩٥.

(٢) مال إليه : الفاضل المقداد في التنقيح الرائع ٢ : ١٩٢ ، والشهيد الثاني في الروضة البهيّة ٤ : ١٣٦ ، وقوّاه الطباطبائي في الرياض ٩ : ٢٨٤.

(٣) نُسب للمشهور في المختلف ٥ : ٤٩١ ، ونقل العلاّمة الحلّي فيه عن المفيد في المقنعة وكذلك

←

يعتبر قبول المحال عليه مع قبول المحال ، فيتركّب العقد من إيجاب وقبولين (١) .

والمتحصّل من الأقوال هنا أربعة :

١ ـ اعتبار رضا الثلاثة بالإيجاب من المحيل والقبول من المحال ورضا المحال عليه ، ولعلّه المشهور .

٢ ـ الإيجاب من المحيل والقبول من الآخرين .

٣ ـ إيجاب المحيل وقبول المحال ، وعدم اعتبار رضا الثالث ولا قبوله ، وهو ظاهر هذه المادّة .

٤ ـ كفاية إيجاب المحال له والمحال عليه ، وعدم التوقّف علىٰ رضا المحيل أو قبوله ، كما هو صريح المادّة اللاحقة .

هذا كلّه بناءً على كون الحوالة عقداً ، بل من العقود اللازمة ، والظاهر اتّفاق جميع المذاهب على ذلك (٢) .

← الطوسي في النهاية أنّ عبارتهما تشعر بعدم اعتبار رضا المحال عليه .

انظر : المقنعة ٨١٤ ـ ٨١٥ ، النهاية ٣١٦ .

وقد قوّى هذا القول : ابن فهد في المهذّب البارع ٢ : ٥٢٨ ، والبحراني في الحدائق ٢١ : ٤٩ .

(١) قال النجفي : (كما أنّي لم أجد القول باحتمال اعتباره [أي : رضا المحال عليه] على وجه القبول بأن يكون هذا العقد مركّباً من إيجاب وقبولين وإن كان هو مقتضىٰ ما تسمعه من دليلهم أيضاً) .
(الجواهر ٢٦ : ١٦٢) .

وقد احتمل القبولَ اليزدي في العروة الوثقىٰ ٢ : ٥٦٠ .

(٢) انظر : المهذّب للشيرازي ١ : ٣٣٨ ، المغني ٥ : ٥٤ ، البحر الرائق ٦ : ٢٤٧ ، الشرح الصغير للدردير ٣ : ٤٢٧ ، الجواهر ٢٦ : ١٦٠ و ١٦٦ .

ولكن خالف فيه سيّدنا الأُستاذ ﷺ في عروته ، وجعلها هي والضمان والوكالة والجعالة إيقاعات لا عقوداً ، فقال في (كتاب الحوالة) ما نصّه :

(ولكنّ الذي يقوى عندي أنّها من الإيقاع ، غاية الأمر اعتبار الرضا من المحتال أو منه ومن المحال عليه ، وهذا لا يصيّره عقداً ، وذلك لأنّها نوع من وفاء الدين وإن كانت توجب انتقال الدين من ذمّته إلى ذمّة المحال عليه ، فهذا النقل والانتقال نوع من الوفاء ، وهو لا يكون عقداً وإن احتاج إلى الرضا من الآخر ، كما في الوفاء بغير الجنس ، فإنّه يعتبر فيه رضا الدائن ، ومع ذلك هو إيقاع .

ومن ذلك يظهر أنّ الضمان أيضاً من الإيقاع ، فإنّه نوع من الوفاء .

وعلى هذا ، فلا يعتبر فيهما شيء ممّا يعتبر في العقود اللازمة ، ويتحقّقان بالكتابة ونحوها .

بل يمكن دعوى : أنّ الوكالة أيضاً كذلك ، كما أنّ الجعالة كذلك وإن كان يعتبر فيهما الرضا من الطرف الآخر .

ألا ترى أنّه لا فرق بين أن يقول : أنت مأذون في بيع داري ، أو قال : أنت وكيل ، مع أنّ الأوّل من الإيقاع قطعاً ؟ !) [1] .

وفي هذا الكلام مواقع للنظر بارزة ومخالفات للقواعد جاهزة .

وبيان ذلك يستدعي تمهيد مقدّمة ، وهي : أنّ الضابطة التي تمتاز بها

---

(١) العروة الوثقى ٢ : ٥٦٠ ـ ٥٦١.

العقود عن الإيقاعات هي [١] : أنّ كلّ معاملة أو عمل ذي أثر شرعي إن توقّف ترتّب أثره عليه على طرفين فهو عقد ، وإن كفى طرف واحد فهو إيقاع .

فالبيع والإجارة ونحوهما عقود ؛ لأنّ أثرها ـ وهو : ملكية الثمن للبائع والمبيع للمشتري ـ لا يتحقّق إلاّ بطرفين ، وهما : المشتري والبائع .

أمّا العتق والطلاق ، فلمّا كان ترتّب الأثر من كلّ منهما لا يتوقّف على طرفين ، بل يكفي في حصوله طرف واحد ، فيترتّب الأثر قهراً رضي الآخر أم لا ، جعلنا كلّ واحد منهما أيقاعاً .

وعلى هذه الضابطة ، فالضمان والحوالة والوكالة لمّا كان ـ بالضرورة والإجماع ـ لا يكفي في حصول آثارها ـ وهو : انتقال المال من ذمّة إلى ذمّة ـ بعمل واحد ، بل لا بدّ من رضا الاثنين أو الثلاثة ، فهي عقد لا محالة .

وليت السيّد ﷺ جاءنا بضابطة غير هذه حتّى نجعلها معياراً للفرق والتمييز ، ونحكم بموجبها على تلك المعاملات [أ] هي عقود أم إيقاعات ؟!

إذا اتّضح هذا نقول :

أوّلاً : إنّ جعل الحوالة نوعاً من وفاء الدين ممنوع صغرىً وكبرىً ؛ ضرورة أنّ حقيقة الحوالة انتقال الحقّ من ذمّة إلى أُخرى كما عرفت [٢] ، وحقيقة وفاء الدين استيفاء الحقّ لا نقله ، ووفاء الدين معاملة بين الدائن والمدين والحوالة بينهما وبين أجنبي ثالث بينهما .

---

(١) في المطبوع : (وهي) ، والأنسب للسياق ما أثبتناه .

(٢) وذلك في ص ٢٣٧ ـ ٢٣٨ و ٢٩٣ .

ثمّ لو سلّم أنّها من وفاء الدين فقد تنفرد بعض الأنواع عن بعض بحكم أو أحكام .

وكون بعض الوفاء إيقاعاً لا يستلزم أن يكون كلّ وفاءٍ كذلك .

ألا ترى أنّه لو باع المديون لدائنه طعاماً ـ مثلاً ـ أو غيره بالدين الذي عليه ودفعه له كان وفاءً لدينه ، ولكنّه بنحو البيع والعقد ، لا بنحو الإيقاع .

ثانياً : إنّ جعل الوفاء من الإيقاع أيضاً ممّا لا محصّل له ، فإنّه ـ على التحقيق ـ لا عقد ولا إيقاع ، بل هو عمل واجب وحقّ لازم الأداء .

نعم ، أصل القرض عقد ، ولكنّ الوفاء من توابعه وآثاره ، كوجوب دفع العين المبيعة بعد البيع الذي هو من آثار العقد ، وليس هو عقد ولا إيقاع .

ثالثاً : إنّ جعل النقل والانتقال من الوفاء واضح الضعف ، فإنّ الوفاء عمل المكلّف ، والنقل والانتقال أثر توليدي للعقد يترتّب عليه قهراً .

رابعاً : إنّ الوفاء بغير الجنس ـ عند تدقيق النظر فيه ـ ليس إلاّ معاملة ضمنية وعقد مطوي ، وإلاّ فكيف يعقل أن يكون الطعام ـ مثلاً ـ وفاءً للدراهم أو بالعكس مع أنّ الوفاء يلزم أن يكون بالمثل ؟!

فلا بدّ أن تكون هناك مبادلة بين المالين برضا صاحبي الحقّين .

خامساً : لو سلّمنا أنّ هذه المعاملات إيقاعات ، فإنّ الإيقاع أيضاً له صيغة خاصّة لا يترتّب الأثر المطلوب إلاّ بها ، كالطلاق والعتق وغيرهما .

والظاهر اتّفاق الأصحاب على أنّ الأيقاع ـ كالعقد ـ لا يتحقّق بالكتابة ولا

الإشارة، إلاّ من الأخرس الذي لا يستطيع الكلام [١].

وبالجملة: فجعل الضمان والحوالة من الإيقاع وهم، ودعوى: تحقّقهما بالكتابة وهم في وهم.

سادساً: إنّ دعوى: عدم الفرق بين ما لو قال: أنت مأذون ببيع داري، أو قال: أنت وكيل في بيعها ـ مع أنّ الأوّل من الإيقاع قطعاً ـ غريبة جدّاً.

إمّا **أوّلاً**: فإنّ الإذن ببيع الدار أو غيرها ليس عقداً ولا إيقاعاً، بل هو رخصة وإباحة، بخلاف الوكالة فإنّها عقد يتوقّف على طرفين، والفرق بينهما جلي.

ألا ترى أنّه لو أذن له والمأذون ردّ ولم يقبل ثمّ باع كان البيع صحيحاً، أمّا لو وكلّه وردّ ثمّ باع كان بيعه باطلاً، فسنخ الأوّل سنخ الحكم، وسنخ الثاني سنخ الحقّ، وما أبعد البون بينهما!

وثانياً: لو سلّم التساوي بينهما وعدم الفرق، ولكن تساويهما في جهة لا يوجب تساويهما في جميع الجهات.

ألا ترى أنّ هبة الدين والإبراء سواء وإن كان الأوّل عقداً اتّفاقاً من القائلين بصحّته والثاني إيقاعاً بلا ريب.

فتدبّر هذه النتف، فإنّها من الطرف، وبالله التوفيق.

(مادّة: ٦٨١) يصحّ عقد الحوالة بين المحال له والمحال عليه وحدهما.

---

(١) راجع العناوين ٢: ١٣٢ و ١٣٤.

مثلاً : لو قال أحد لآخر : خذ ما لي على فلان من الدين وقدره كذا قرشاً حوالة عليك ، فقال له الآخر : قبلت ، أوقال له : اقبل الدين الذي لك بذمّة فلان وقدره كذا قرشاً حوالة عليَّ ، فقبل ، تصحّ الحوالة ، حتّى إنّه لو ندم المحال عليه ـ بعد ذلك ـ لا تفيد ندامته [1] .

يعني : يكون المحال هو المحيل كما في المثال الأوّل ، أو المحال عليه كما في المثال الثاني ، فيتقوّم العقد من اثنين فقط .

وهذا كلام غير موضّح ولا منقّح ، فإنّ المحال عليه ـ في المثالين ـ إن كان عنده مال للغائب المديون فلا يصحّ أن يدفع حقّه لدائنه إلاّ برضاه .

وبعبارة أجلى : لا تبرأ ذمّة المحال عليه من حقّ غريمه إلاّ برضاه وتحويله ، ولا أثر لتحويل دائنه بغير علمه ورضاه ، كما هو واضح .

وإن لم يكن عنده مال له بل كان بقبوله متبرّعاً فهو وإن صحّ بدون علم

---

(١) ورد : (واحد) بدل : (أحد) ، ولم يرد لفظ : (وحدهما) في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٣٧٣.

وورد المادّة في درر الحكّام (٢ : ١٤) بصيغة :

(يجوز عقد الوكالة بين المحال له والمحال عليه فقط .

مثلاً : لو قال شخص لآخر : عليك حوالة ديني البالغ كذا قرشاً عند فلان ، وقال ذلك الشخص : قبلت ، أو قال له : اقبل الدين الذي لك عند فلان بكذا قرشاً حوالة عليّ ، وقبل الشخص المذكور ، تكون الحوالة صحيحة ، حتّى لو ندم المحال عليه ـ بعد ذلك ـ لا تجديه ندامته نفعاً) .

وما ورد في (المجلّة) مذكور في الزيادات للشيباني .

وقد ذهب المالكيّة والشافعيّة والحنابلة إلىٰ : اشتراط رضا المحيل .

قارن : التلقين في الفقه المالكي ٤٤٣ ، المغني ٥ : ٥٨ ، شرح فتح القدير ٦ : ٣٤٦ ـ ٣٤٧ ، البناية في شرح الهداية ٧ : ٧٣٦ ، البحر الرائق ٦ : ٢٤٧ ـ ٢٤٨ ، مغني المحتاج ٢ : ١٩٣ ، الفتاوى الهندية ٣ : ٢٩٥ و ٢٩٦ ، حاشية الخرشي على مختصر خليل ٦ : ٢٩٢ .

الغائب ورضاه ، ولكنّه خارج عن باب الحوالة ، ويدخل في باب الضمان سواء جعلناه ضمّ ذمّة إلى ذمّة أو نقل حقٍّ من ذمّة إلى أُخرى .

وحينئذٍ فالمثالان إمّا حوالة باطلة أوضمان صحيح .

وقد اعتبرت (**مادّة : ٦٨٢**) علم المحال عليه ورضاه ، حيث تقول :

الحوالة التي أُجريت بين المحيل والمحال له وحدهما إذا أخبر بها المحال عليه فقبلها صحّت وتمّت .

مثلاً : لو أحال أحد دائنه على آخر وهو في ديار أُخرى ، فبعد إعلام المحال عليه إن قبلها تتمّ الحوالة [1] .

---

(١) وردت المادّة في شرح المجلّة لسليم اللبناني (١ : ٣٧٣) بلفظ :

(الحوالة التي أُجريت بين المحيل والمحال له لا تصحّ ولا تتمّ ، إلاّ بعد إعلام المحال عليه وقبوله .

مثلاً : لو أحال واحد دائنه على آخر هو في ديار أُخرى ، فقبل الدائن ، ولدى إعلام المحال عليه قبلها أيضاً ، تمّت الحوالة) .

ووردت في درر الحكّام (٢ : ١٦) بلفظ :

(لدى إعلام الحوالة التي أُجريت بين المحيل والمحال له فقط إلىٰ المحال عليه إذا قبلها تكون صحيحة تامّة .

مثلاً : لو أحال شخص دائنه علىٰ رجل في ديار أُخرى ، وبعد أن قبلها الدائن إذا أُبلغت إلىٰ المحال عليه فقبلها ، تصير الحوالة تامّة) .

وهذا الذي ذهب إليه الحنفيّة هو المشهور عندهم سواء كان المحال عليه مديناً أم لا ، وسواء تساوى الدينان أم لا .

وذهب المالكيّة في المشهور عندهم والشافعيّة في الأصحّ والحنابلة إلىٰ : عدم اشتراط رضا المحال عليه .

←

واعتبرت (مادّة : ٦٨٣) علم المحال ورضاه ؛ إذ تقول :

الحوالة التي أُجريت بين المحيل والمحال عليه تنعقد موقوفة على قبول المحال له .

مثلاً : لو قال أحد لآخر : خذ عليك حوالة ديني الذي بذمّتي لفلان ، وقبل المحال عليه ذلك ، تنعقد الحوالة موقوفة ، فإذا قبلها المحال له تنعقد [(١)] .

← لاحظ : التلقين في الفقه المالكي ٤٤٣ ، الغاية والتقريب ١٦٥ ، بداية المجتهد ٢ : ٢٩٧ ، المغني ٥ : ٦٠ ، فتح العزيز ١٠ : ٣٣٩ ، المجموع ١٣ : ٤٣٢ و٤٣٣ ، مغني المحتاج ٢ : ١٩٤ ، شرح فتح القدير ٦ : ٣٤٧ ، البحر الرائق ٦ : ٢٤٧ و ٢٤٨ ، الفتاوى الهندية ٣ : ٢٩٦ ، الشرح الصغير للدردير ٣ : ٤٢٤ ، حاشية الرهوني على مختصر خليل ٥ : ٣٩٥ .

(١) ورد : (واحد) بدل : (أحد) ، و : (تنفذ) بدل : (تنعقد) في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٣٧٤ .

ووردت المادّة في درر الحكّام (٢ : ١٧) بصيغة :

(الحوالة التي تجري بين المحيل والمحال عليه فقط تنعقد موقوفة على قبول المحال له .

مثلاً : لو قال شخص لرجل آخر : خذ عليك ديني الذي لفلان حوالة ، وقبل ذلك الرجل ، تنعقد موقوفة ، فإذا قبلها المحال له تكون الحوالة نافذة) .

وهذا هو ما ذهب إليه جمهور الحنفيّة والمالكيّة والشافعيّة .

واشترط أبو حنيفة ومحمّد بن الحسن أن يكون الرضا في مجلس العقد .

أمّا الحنابلة فلا يوجبون رضا المحال ، إلاّ على احتمال ضعيف عندهم .

انظر : المهذّب للشيرازي ١ : ٣٣٨ ، المغني ٥ : ٦٠ ، شرح فتح القدير ٦ : ٣٤٧ ، الإنصاف ٥ : ٢٠٣ ، البحر الرائق ٦ : ٢٤٧ و ٢٤٨ ، مغني المحتاج ٢ : ١٩٣ ، الفتاوى الهندية ٣ : ٢٩٦ .

الفصل الثاني

في بيان شرط الحوالة

عرفت أنّ الحوالة ـ كالضمان ـ تقوم على خمسة أركان : (المحيل ، المحال ، والمحال عليه ، والحقّ المحال ، والصيغة ، أي : الإيجاب والقبول) [1] .

وأشارت (المجلّة) إليهما في أوّل الفصل المتقدّم ، ولا يلزم أن يكون الإيجاب من مادّة الحوالة ومشتقّاتها بل يكفي كلّ ما دلّ عليها دلالة صريحة ، مثل : خذ حقّك عليّ من فلان ، أو : جعلت دينك عليّ على فلان ، وما أشبه ذلك .

ويكفي في القبول كلّ ما دلّ على الرضا ، مثل : قبلت ، ورضيت ، ونحوهما .

ثمّ تعرّضت لشرائط المحيل والمحال بـ :

(مادّة : ٦٨٤) يشترط في انعقاد الحوالة كون المحيل والمحال له عاقلين [2] .

---

(١) تقدّم ذلك في ص ٢٩٤ و ٣٠١.

(٢) للمادّة تكملة ، وتكملتها ـ على ما في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٣٧٤ ـ هي :

(وأن يكون المحال عليه عاقلاً بالغاً .

←

واشتراط العقل في الثلاثة ممّا لا ريب فيه عند الجميع ، وكذلك اشتراط البلوغ في الثلاثة أيضاً عند الإماميّة [(١)] .

أمّا (المجلّة) فقد جعلته شرطاً في المحال عليه فقط ، واكتفت بالتمييز في ما عداه وأنّه يصحّ حوالة الصبي المميّز وتحويله ، ولكن لا ينفذ شيء منهما إلاّ بإذن وليّه ، أمّا التحويل عليه فلا يصحّ .

والمستفاد من مجموع (**مادّتي : ٦٨٤ و٦٨٥**) [(٢)] عدم الصحّة مطلقاً ، يعني : حتّى مع إذن الولي .

← **فكما تبطل الحوالة لو أحال الصبي غير المميّز دائنه على آخر أو قبل الحوالة لنفسه من آخر ، فكذلك تبطل أيضاً لو قبل الصبي الحوالة على نفسه سواء أكان مميّزاً أو غير مميّز مأذوناً أو محجوراً)** .

وهذا ما ذهب إليه الحنفيّة والشافعيّة والمالكيّة .

ولم يتعرّض الحنابلة لشرط العقل في المحال ؛ لأنّهم لا يشترطون رضا المحال ، إلاّ على احتمال ضعيف عندهم ، بل المحال يجبر عندهم على القبول إذا أُحيل على مليء .

لاحظ : المهذّب للشيرازي ١ : ٣٣٨ ، المغني ٥ : ٦٠ ، الإنصاف ٥ : ٢٠٣ ، البحر الرائق ٦ : ٢٤٦ ، الفتاوى الهندية ٣ : ٢٩٥ و٢٩٦ ، حاشية ردّ المحتار ٥ : ٣٤١ .

(١) تقدّمت الإشارة إلىٰ مصادر أهل السنّة ، وأمّا الإماميّة فراجع : الحدائق ٢١ : ٥٢ ، العناوين ٢ : ٦٧٤ و٦٨٤ .

(٢) نصّ (**مادّة : ٦٨٥**) ـ كما في درر الحكّام ٢ : ٢١ ـ هو :

(يشترط في نفاذ الحوالة أن يكون المحيل والمحال له بالغين .

بناءً عليه حوالة الصبي المميّز وقبوله الحوالة تنعقد موقوفة على إجازة وليّه ، فإذا أجاز الولي كانت نافذة .

وإذا قبل الصبي الحوالة يجب أن يكون المحال عليه أملأ ، أي : أغنىٰ من المحيل وإن أذن الولي) .

وللمقارنة انظر المصادر المتقدّمة .

وهو تحكّم واضح .

أمّا الملاءة فليست شرطاً عندنا في صحّة الحوالة [١] .

نعم ، لو أحاله على معسر فقبل وهو غير عالم بإعساره عند القبول كان له الخيار بعد العلم بين فسخ الحوالة أو إمضائها .

(مادّة : ٦٨٦) لا يشترط أن يكون المحال عليه مديوناً للمحيل ، فتصحّ حوالته وإن لم يكن للمحيل دين على المحال عليه [٢] .

يريد بهذا صحّة الحوالة على البريء ، وقد عرفت أنّ المشهور عند أصحابنا اعتبار كونه مشغول الذمّة فرقاً بينها وبين الضمان [٣] ، ووافقهم على ذلك عموم الشافعيّة [٤] ، وإلاّ كانت من أداء الدين تبرّعاً .

---

(١) ولكن قد ادّعى الشيخ الطوسي إجماع الفرقة على اعتبار الملاءة في المحال عليه ، ذلك في الخلاف ٣ : ٣٠٨ .

ولاحظ : الرياض ٩ : ٢٨٦ ، الجواهر ٢٦ : ١٦٦ .

(٢) ورد : (**له على المحال عليه دين**) بدل : (**للمحيل دين على المحال عليه**) في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٣٧٥ .

ووردت المادّة في درر الحكّام (٢ : ٢٣) بالصيغة الآتية :

(لا يشترط أن يكون المحال عليه مديناً للمحيل ، فالحوالة صحيحة وإن لم يكن للمحيل دين عنده) .

وهذا على قول من يجيز الحوالة ، وأمّا من لا يجيز فيشترط في المحال عليه أن يكون مديناً للمحيل بدين الحوالة .

لاحظ : البحر الرائق ٦ : ٢٤٦ ، الفتاوى الهندية ٣ : ٢٩٦ و ٣٠٤ ، حاشية ردّ المحتار ٥ : ٣٤٢ ـ ٣٤٣ .

(٣) تقدّم ذلك في ص ٢٩٤ و ٢٩٧ .

(٤) قارن : فتح العزيز ١٠ : ٣٣٩ ، المجموع ١٣ : ٤٣٠ ، مغني المحتاج ٢ : ١٩٤ ، إرشاد الساري ٤ : ١٤٣ ، حاشية إعانة الطالبين ٣ : ٧٥ .

وقد سبق تحقيق القول في هذا الموضوع ، فراجع .

(مادّة : ٦٨٧) كلّ دين لا تصحّ الكفالة به لا تصحّ الحوالة به [(١)] .

لعلّهم يريدون بهذه القاعدة : أنّ ما لا يصحّ ضمانه وكفالته كالديون غير الثابتة فعلاً ، مثل : ما لو قال له : استقرض وعليّ ضمان قرضك ، أو ما تحقّق سببه كنفقة الزوجة وأمثال ذلك ، أو الديون التي لا تلزم شرعاً كثمن الخمر والخنزير في الذمّة ، فإنّ جميع هذه الأموال لا يصحّ ضمانها ، فلا تصحّ حوالتها .

أمّا طرد هذه المادّة وهي :

(مادّة : ٦٨٨) كلّ دين تصحّ به الكفالة تصحّ حوالته أيضاً [(٢)] .

فلا يخرج منها إلاّ الدين المجهول مقداره أو صاحبه ، فإنّه يجوز ضمانه ،

---

(١) ورد : (لم تصح به الكفالة) بدل : (لا تصحّ الكفالة به) في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٣٧٥.
ووردت المادّة بزيادة كلمة : (أيضاً) آخرها في درر الحكّام ٢ : ٢٣ .
راجع : البناية في شرح الهداية ٧ : ٧٣٥ ، البحر الرائق ٦ : ٢٤٦ ، الفتاوى الهندية ٣ : ٢٩٦ ، حاشية ردّ المحتار ٥ : ٣٤١ و٣٤٢.

(٢) التغييرات في المادّة ـ وبملاحظة تكملتها التي سيذكرها المصنّف رحمه الله عمّا قريب ـ كما يلي :
ورد : (الحوالة به) بدل : (حوالته أيضاً) ، و : (فلو) بدل : (مثلاً : لو) ، و : (سيثبت) بدل : (يثبت) ، و : (فلا) بدل : (لا) في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٣٧٥.
ووردت في درر الحكّام (٢ : ٢٤) بصيغة :
(كلّ دين تصحّ الكفالة به تصحّ الحوالة به أيضاً ، لكن يلزم أن يكون المحال به معلوماً .
بناءً عليه حوالة الدين المجهول غير صحيحة .
مثلاً : لو قال : إنّي قبلت حوالة ما يثبت لك من الدين عند فلان ، لا تكون الحوالة صحيحة) .
انظر المصادر المتقدّمة في الهامش السابق .

ولكن لا يجوز حوالته ؛ فإنّ الدين في الحوالة يلزم أن يكون ثابتاً قارّاً معلوم الجنس والمقدار والصاحب ، كما صرّحت به في قولها :

لكن يلزم أن يكون المحال به معلوماً ، فلا تصحّ حوالة الدين المجهول .

مثلاً : لو قال : قبلت دينك الذي يثبت على فلان ، لا تصحّ الحوالة .

(مادّة : ٦٨٩) كما تصحّ حوالة الديون المترتّبة في الذمّة أصالةً ، كذلك تصحّ حوالة الديون التي تترتّب في الذمّة من جهتي الكفالة والحوالة [1] .

يعني : كما تصحّ الديون المرتّبة في ذمّتك أصالة من غير جهة الحوالة فتحيل بكلّ دين منها على شخص ، كذلك يصحّ أن تحوّل ملزم ذمّتك ذمّته بالحوالة أو بالضمان والكفالة ، فإذا أحال عليك دائنك تحيل محاله على مديونك ، وهو يحيله على مديونه ، وهكذا ، فيترامى الضمان والحوالة ويتسلسل ، فيعود أو يدور .

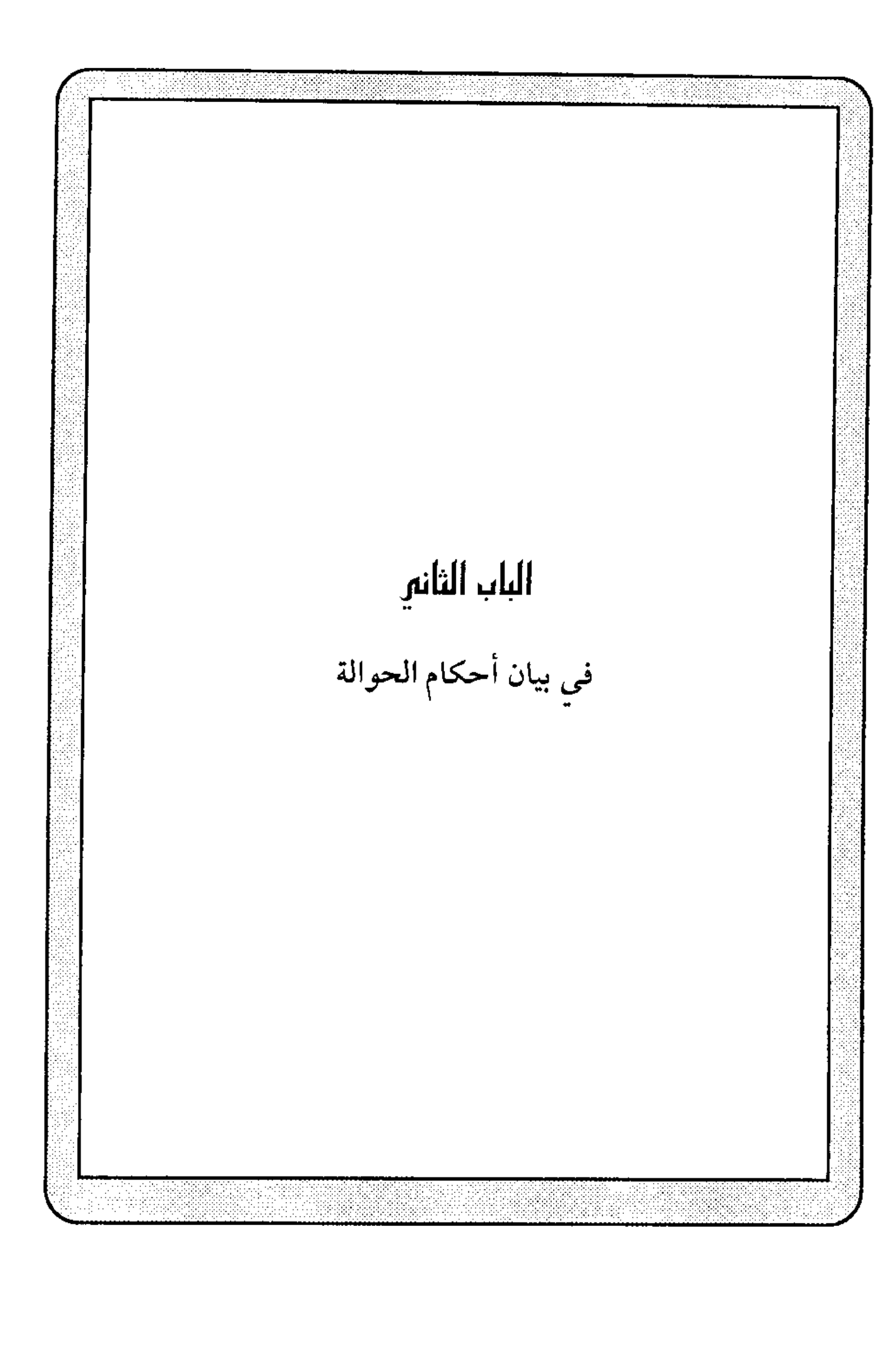
---

(١) وردت زيادة كلمة : (الصحيحة) قبل كلمة : (المترتّبة) ، وورد : (أو) بدل : (و) في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٣٧٦.

ووردت المادّة في درر الحكّام (٢ : ٢٥) بلفظ :

(كما أنّ الحوالة بالديون الصحيحة المترتّبة على الذمّة أصالةً صحيحة ، فالحوالة بالدين المترتّب على الذمّة من جهة الكفالة والحوالة صحيحة أيضاً) .

راجع حاشية ردّ المحتار ٥ : ٣٤٢.



الباب الثاني

في بيان أحكام الحوالة



(مادّة : ٦٩٠) حكم الحوالة هو كون المحيل وكفيله [بريئين] من الكفالة إن كان له كفيل من الدين والحوالة ، ويثبت للمحال له حقّ مطالبة ذلك الدين من المحال عليه .

وإذا أحال المرتهن أحداً على الراهن فلا يبقى له حقّ حبس الرهن ولا صلاحية توقيفه (١) .

كلّ ذلك لأنّ الحوالة نقل الحقّ من ذمّة إلى أُخرى . ومعنى انتقاله من ذمّة المحيل براءتها ، فهو أداء أو كالأداء .

وإذا أبرأ برئ كفيله أيضاً ، وانفكّ الرهن الذي كان على الحقّ ، فلا حقّ للراهن في حبسه ، وتشتغل ذمّة المحال عليه بالحقّ للمحال ، ويكون كدين جديد عليه .

---

(١) وردت المادّة في شرح المجلّة لسليم اللبناني (١ : ٣٧٦ ـ ٣٧٧) بالصيغة التالية :

(حكم الحوالة براءة المحيل وكفيله إن كان له كفيل من الدين والكفالة ، وثبوت حقّ طلب ذلك الدين من المحال عليه للمحال له .

وإذا أحال المرتهن واحداً على الراهن لا يبقىٰ له أن يحبس الرهن ويمسكه) .

ووردت في درر الحكّام (٢ : ٢٨) بصيغة :

(حكم الحوالة هو أن يكون المحيل بريئاً من دينه ، وإن كان له كفيل أن يبرأ الكفيل من الكفالة وأن يثبت حقّ مطالبة ذلك الدين من المحال عليه للمحال له .

وإذا أحال المرتهن أحداً على الراهن لا تبقىٰ له صلاحية بحبس الرهن وتوقيفه) .

وللمقارنة راجع : البحر الرائق ٦ : ٢٤٩ ، الفتاوى الهندية ٣ : ٢٩٦ و٢٩٧ و٣٠٦ ، حاشية ردّ المحتار ٥ : ٣٤٤ .

(مادّة : ٦٩١) لو أحال المحيل حوالة مطلقة ، فإن لم يكن له عند المحال عليه طلب يرجع المحال عليه على المحيل بعد الأداء ، وإن كان له طلب يقاضيه به [1] .

مقتضى قولهم : (**بعد الأداء**) أنّه ليس له حقّ المطالبة والرجوع قبل الأداء ، ولكن مقتضى ما عرفت ـ من أنّه كدين جديد وأنّ المحال عليه صار مديوناً للمحال ودائناً للمحيل ـ أنّ له حقّ المطالبة إن كان الأجل حالاً ولو قبل الأداء للمحال ؛ إذ لا علاقة لأحد الدينين بالآخر بعد القبول ، فمقتضى القواعد صحّة الرجوع ؛ لأنّه أصبح مشغول الذمّة له .

نعم ، ثبت خلاف هذا في الضمان على خلاف القاعدة ، وأنّه لا حقّ للضامن في الرجوع إلاّ بعد الأداء ، كما أنّه لا حقّ له إلاّ بالرجوع بمقدار ما دفع لا بمقدار الدين .

أمّا هنا فيرجع بما اشتغلت به الذمّة سواء دفع ذلك المبلغ أم دفع الأقل على مقتضى القاعدة من أنّه اشتغال جديد لا علاقة له بسابقه بعد تحقّقه .

هذا إذا كان المحال عليه بريئاً ، أمّا لو كان مشغول الذمّة للمحيل ، فإن أحال بمثل دينه سقط بالتهاتر قهراً ، وإلاّ فيتحاسبان ويأخذ كلّ واحد منهما

---

(١) وردت عبارة : (**دين على المحال عليه يكون تقاصّاً بدين بعد الأداء**) بدل عبارة : (**طلب يقاضيه به**) في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٣٧٨.

ووردت المادّة في درر الحكّام (٢ : ٣٤) بصيغة :

(**إذا أحال المحيل بصورة مطلقة ولم يكن له دين عند المحال عليه يرجع المحال عليه ـ بعد الأداء ـ على المحيل ، وإن كان له دين يتقاص بدينه بعد الأداء**) .

لاحظ : البحر الرائق ٦ : ٢٥١ ، الفتاوى الهندية ٣ : ٢٩٧ ، حاشية ردّ المحتار ٥ : ٣٤٨.

حقّه من الآخر .

(مادّة : ٦٩٢) ينقطع حقّ مطالبة المحيل المحال به في الحوالة المقيّدة ، وليس للمحال عليه بعده أن يعطي المحال به للمحيل ، وإن أعطاه يضمن ، وبعد الضمان يرجع على المحيل .

ولو توفّي المحيل قبل الأداء وكانت ديونه أزيد من تركته فليس لسائر الغرماء حقّ في المحال به [1] .

اشتملت هذه المادّة على ثلاثة أُمور :

الأوّل : أنّ الحوالة على مشغول الذمّة ـ وهي الحوالة المقيّدة عندهم ـ توجب براءة ذمّة المحيل من دين المحال ، ولا حقّ له بمطالبة حقّه من المحيل ، حيث إنّه قد انتقل إلى ذمّة المحال عليه .

الثاني : أنّه يترتّب على ذلك عدم جواز إعطاء المحال عليه الحقّ للمحيل ؛ لأنّه صار للمحال ، فلو أعطاه له ضمن للمحال ودفع الحقّ له ثمّ استرجعه من المحيل طبعاً .

---

(١) ورد : (بالمحال به) بدل : (المحال به) ، ولم ترد : (بعده) ، وورد : (فإن) بدل : (وإن) ، و : (ضمن) بدل : (يضمن) في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٣٧٨ ـ ٣٧٩ .

ووردت المادّة في درر الحكّام (٢ : ٣٥) بصيغة :

(ينقطع في الحوالة المقيّدة حقّ مطالبة المحيل بالمحال به ، وليس للمحال عليه أن يعطيه ، وإذا أعطاه يكون ضامناً ، ويرجع ـ بعد الضمان ـ على المحيل .

وإذا توفّي المحيل قبل الأداء وديونه أكثر من تركته فليس لسائر دائنيه حقّ المداخلة في المحال به) .

انظر : البناية في شرح الهداية ٧ : ٧٤٣ ، البحر الرائق ٦ : ٢٥١ ـ ٢٥٢ ، الفتاوى الهندية ٣ : ٢٩٩ و ٣٠٠ ، حاشية ردّ المحتار ٥ : ٣٤٧ .

الثالث : ممّا يترتّب على ما تقدّم من الانتقال أنّه لو مات المحيل قبل أداء المحال عليه للمحال وكانت ديونه أكثر من تركته ، فليس للديّان أن يتدخّلوا في ذلك الحقّ المحال وأن يجعلوه من جملة تركته كي يضرب المحال معهم بالنسبة كسائر الغرماء ؛ لأنّ الفرض أنّه قد انتقل إلى المحال وملكه على المحال عليه قبل موته ، ولا يتوقّف ذلك على الأداء وعدمه ، والجميع واضح .

(مادّة : ٦٩٣) لا تبطل الحوالة المقيّدة بأن يؤدّي ممّا في ذمّة المشتري للبائع من ثمن المبيع إذا هلك المبيع قبل التسليم وسقط الثمن أو ردّ بخيار الشرط أو خيار الرؤية أو خيار العيب أو أُقيل البيع ، ويرجع المحال عليه ـ بعد الأداء ـ على المحيل ، يعني : يأخذ ما أدّاه للمحال له من المحيل .

أمّا لو تبيّن براءة المحال عليه من ذلك الدين ـ بأن استحقّ وأخذ المبيع ـ فتبطل الحوالة [1] .

---

(١) ورد : (استحقّ المبيع وأخذ) بدل : (استحقّ وأخذ المبيع) في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٣٧٩ .

ووردت المادّة في درر الحكّام (٢ : ٣٨) بصيغة :

(إذا وقعت الحوالة مقيّدة بأن تعطىٰ من مطلوب البائع الناشئ عن ثمن المبيع بذمّة المشتري فتكون هذه الحوالة صحيحة علىٰ الوجه المحرّر في (المادّة : ٢٥٢ من المجلّة) .
وإذا هلك المبيع في الحوالة المقيّدة قبل التسليم وسقط الثمن أو ردّ المبيع بخيار الشرط أو خيار الرؤية أو خيار العيب أو أُقيل البيع لا تبطل الحوالة ، ويرجع المحال عليه ـ بعد الأداء ـ على المحيل ، ويأخذ ما أعطاه من المحيل .
ولكن إذا ظهر مستحقّ وضبط المبيع وتبيّن أن المحال عليه بريء من ذلك الدين تبطل

←

تضمّنت هذه المادّة أيضاً أمرين مهمّين :

أحدهما : أنّ البائع إذا أحال دائنه على المشتري بالثمن ، ثمّ حصل ما يوجب فسخ البيع بإقالة أو خيار أو تلف المبيع قبل القبض ، فإنّ الحوالة تبقى بحالها ولا تنفسخ ، بل غايته أنّ البائع يغرم للمشتري مثل الثمن إن كان مثلياً وقيمته إن كان قيمياً ، كما في سائر موارد التصرّف في أحد العوضين الذي يتعقبه فسخ بأحد الأسباب .

ثانيهما : أنّه لو ظهر بعد الحوالة بطلان البيع ، فإنّ الحوالة أيضاً تكون باطلة ؛ لأنّه إنّما أحال بالثمن على المشتري ، والفرض أنّه قد انكشف أنّ ذمّته غير مشغولة بالثمن ؛ لبطلان البيع .

وتحرير هذا : أنّه إمّا أن يحوّل البائع أجنبياً على المشتري بالثمن ، أو يحوّل المشتري البائع به على أجنبي .

أمّا **الأوّل** : فلا إشكال في أنّ الحوالة يظهر بطلانها بعد ظهور بطلان البيع ، فإن كان الأجنبي لم يقبض فلا شيء ، وإن كان قبض استردّه المشتري منه ورجع المحال على البائع بحقّه إن كان له عليه حقّ .

ودعوى : الصحّة بناءً على صحّة الحوالة على البريء .

مدفوعة : بأنّه لم يحوّل عليه ، بل أحال على المال الذي في ذمّته ، وهو الثمن .

← **الحوالة)** .

راجع : البحر الرائق ٦ : ٢٥٢ ، الفتاوى الهندية ٣: ٣٠٠ .

واحتمال كونه من قبيل الداعي واضح الفساد ؛ فإنّه في صميم العقد لا في القصد وحده ، فتدبّره .

وأمّا **الثاني** : فلا ينبغي الإشكال أيضاً في أنّ الحوالة باطلة ، إنّما الكلام في أنّ الأجنبي الذي دفع للبائع هل برِئت ذمّته من دين المشتري ؛ لأنّه قد دفعه إلى البائع بل بأمره ، فلا حقّ عليه ، ولكن يرجع على البائع فيأخذ منه ما استلمه من الأجنبي بتحويله ؟ أو أنّ ذمّته بعد مشغولة للمشتري ؛ لأنّه أحال عليه باعتبار كونه مشغول الذمّة للبائع ، وقد انكشف عدم اشتغال ذمّته له ، فتبطل الحوالة ؛ لفقد شرطها ، وهو اشتغال ذمّة المحيل للمحال ، أي : المشتري للبائع ؟ وهذا هو الأقوى .

وحينئذٍ فيرجع المشتري على الأجنبي بحقّه ، ويرجع الأجنبي على البائع بما دفع له اشتباهاً وبغير حقٍّ .

(مادّة : ٦٩٤) تبطل الحوالة المقيّدة بأن يؤدّىٰ من مال المحيل الذي هو في يد المحال عليه أمانة إذا ظهر مستحقّ وأخذ ذلك المال ، ويعود الدين على المحيل (١) .

ليس هذا من الحوالة المصطلحة ؛ لأنّها انتقال الأموال من الذمم إلى الذمم ، أمّا التحويل على مال الوديعة ونحوها فحقيقته أنّه توكيل على الدفع ،

---

(١) ورد : (تعطىٰ) بدل : (يؤدّى) في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٣٨٠.

ووردت المادّة في درر الحكّام (٢ : ٣٩) بلفظ :

(إذا ظهر مستحقّ في الحوالة المقيّدة بأن تعطىٰ من المبلغ الموجود للمحيل أمانة بيد المحال عليه وضبط ذلك المال تبطل الحوالة ، ويعود هذا الدين إلىٰ المحيل).

انظر : الفتاوى الهندية ٣ : ٣٠٠ ، حاشية ردّ المحتار ٥ : ٣٤٨.

ولكنّ الحكم على كلّ حال واحد .

يعني : أنّه لو ظهر أنّ المال مستحقّ للغير ، وكان المحال قد دفع ، رجع صاحب المال عليه ، ويرجع هو على المحيل ؛ لأنّه هو السبب لدفعه .

وهو ظاهر ، كظهور :

(مادّة : ٦٩٥) إذا كانت الحوالة مقيّدة بأن يؤدّى من مبلغ المحيل الذي هو في يد المحال عليه ، فهلك ذلك المال ، فإن لم يكن مضموناً بطلت الحوالة وعاد الدين على المحيل ، وإن كان مضموناً لا تبطل الحوالة .

مثلاً : لو أحال أحد دائنه على آخر على أن يؤدّي من دراهمه التي هي عنده أمانة ، ثمّ تلفت الدراهم قبل الأداء بلا تعدٍّ ، تبطل الحوالة ، ويعود دين الدائن على المحيل .

وأمّا لو كانت تلك الدراهم مغصوبة أو أمانة مضمونة بإتلافه فلا تبطل الحوالة [1] .

---

(١) وردت المادّة في شرح المجلّة لسليم اللبناني (١ : ٣٨٠) بالصيغة الآتية :

(تبطل الحوالة المقيّدة بأن تعطىٰ من مال المحيل الذي هو في يد المحال عليه أمانة إن تلف ولم يكن مضموناً ويرجع الدين على المحيل ، وإن كان مضموناً لا تبطل الحوالة .

مثلاً : لو أحال واحد دائنه على آخر على أن يؤدّي من نقوده التي هي عنده أمانة ، ثمّ تلفت النقود قبل الأداء بلا تعدٍّ ، تبطل الحوالة ، ويعود دين الدائن على المحيل .

أمّا لو كانت تلك النقود مغصوبة أو أمانة أضحت مضمونة بإتلاف الأمين ، فلا تبطل الحوالة) .

ووردت في درر الحكّام (٢ : ٣٩ ـ ٤٠) بالصيغة التالية :

(في الحوالة المقيّدة بأن تعطىٰ من المبلغ الذي للمحيل بيد المحال عليه إذا هلك ذلك المبلغ

←

ووجهه واضح ، فإنّ الحوالة تنقلب على عوض الأمانة التالفة المضمونة ، فيجب أن يؤدّي منها .

ولكن كلّ هذا ليس من الحوالة المصطلحة في شيء ، مثل :

(مادّة : ٦٩٦) لو أحال أحد دائنه على آخر بأن يبيع مالاً معيّناً له ويؤدّي الدين من ثمنه ، وقبل المحال عليه الحوالة بهذا الشرط ، تصحّ ويجبر المحال عليه على بيع ذلك المال وأداء دين المحيل من ثمنه [١] .

فإنّها أجنبية عن الحوالة الشرعية ، ولا يلزم المحال عليه العمل بها ، وله أن يرفضها بعد القبول ، بل هي وكالة على البيع ووكالة على الدفع ، والوكالة عقد جائز من الطرفين كما سيأتي [٢] ، ولكلّ منهما أن يحلّها ويرفضها متى شاء .

← **تبطل الحوالة إن لم يكن مضموناً ويعود هذا الدين إلى المحيل ، وإن كان مضموناً لا تبطل الحوالة بهلاك كهذا .**

مثلاً : لو أحال أحدهم دائنه على شخص على أن يعطي من دراهم الأمانة التي له عند الشخص المذكور ، وهلكت تلك الدراهم قبل الأخذ بلا تعدٍّ ، تبطل الحوالة ويعود مطلوب الدين إلى المحيل .

وأمّا إذا كانت تلك الدراهم مغصوبة أو كانت أمانة ولزمت تأديتها باستهلاك ذلك الشخص لا تبطل الحوالة) .

قارن : الفتاوى الهندية ٣ : ٢٩٩ و ٣٠٠ ، حاشية ردّ المحتار ٥ : ٣٤٨ .

(١) ورد : (على أن) بدل : (بأن) ، و : (للمحيل) بدل : (له) في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٣٨١ .

ووردت المادّة في درر الحكّام (٢ : ٤٠) بصيغة :

(إذا أحال رجل على شخص بناءً على أن يبيع مالاً معيّناً له ويؤدّي من ثمنه ، وقبل الشخص المذكور الحوالة بذلك الشرط ، تصحّ ويجبر المحال عليه على أن يبيع ذلك المال ويؤدّي الدين من ثمنه) .

انظر : الفتاوى الهندية ٣ : ٢٩٩ و ٣٠٠ ، حاشية ردّ المحتار ٥ : ٣٤٨ .

(٢) سيأتي في ص ٣٩٣ و ٤٧٨ ، وإن شاء الله سيأتي في الجزء الثالث في كتاب الوكالة .

والحوالة الصحيحة هي التي تشتغل بها الذمم ، وينتقل المال بها من ذمّة لذمّة ، وهذه هي اللازمة التي لا يمكن رفضها ، ولا تزول إلاّ بأسباب خاصّة كالبيع والإجارة وأمثالها ، فتدبّره جيّداً .

(مادّة : ٦٩٧) الحوالة المبهمة ـ أي : التي لم يبيّن فيها تعجيل المحال به وتأجيله ـ إن كان الدين فيها معجّلاً على المحيل تكون حوالة معجّلة على المحال عليه ويلزمه الأداء في الحال ، وإن كان الدين مؤجّلاً تكون حوالة مؤجّلة ويلزم الأداء بحلول الأجل (١) .

يريدون بالحوالة المبهمة : المطلقة ، أي : التي لم يذكر فيها تعجيل ولا تأجيل ، فتكون معجّلة إن كان الدين معجّلاً ، وإن كان مؤجّلاً تكون الحوالة مؤجّلة .

فالإطلاق ينصرف إلى التعجيل أصالة ، إلاّ أن يكون الدين من ذاته مؤجّلاً ، وحينئذٍ فإن قيّدوها بالتعجيل تعجّلت ، وإلاّ فهي على طبق الدين حسب واقعه .

---

(١) وردت المادّة في شرح المجلّة لسليم اللبناني (١ : ٣٨١) بصيغة :

(في الحوالة المبهمة التي لم يذكر تعجيلها ولا تأجيلها إن كان الدين معجّلاً على المحيل كانت الحوالة معجّلة ، ووجب على المحال عليه أداء الدين حالاً ، وإن كان الدين مؤجّلاً كانت الحوالة مؤجّلة ، ووجب أداء الدين عند حلول أجله) .

ووردت في درر الحكّام (٢ : ٤٢) بصيغة :

(في الحوالة المبهمة ـ أي : في الحوالة التي لم يذكر فيها تعجيل المحال به وتأجيله ـ إن كان الدين معجّلاً على المحيل فالحوالة معجّلة أيضاً ويلزم المحال عليه أداؤها حالاً ، وإن كان الدين مؤجّلاً فالحوالة أيضاً مؤجّلة ويلزم أداؤها عند حلول وعدتها) .

راجع : الفتاوى الهندية ٣ : ٢٩٨ ، حاشية ردّ المحتار ٥ : ٣٤٩ .

(مادّة : ٦٩٨) ليس للمحال عليه أن يرجع على المحيل قبل أداء الدين ، ولا يرجع إلاّ بالمحال به ، يعني : يرجع بجنس ما أُحيل عليه من الدراهم ، وإلاّ فليس له الرجوع بالمؤدّى .

مثلاً : لو أُحيل عليه بفضة وأعطى ذهباً يأخذ فضة ، وليس له أن يطالب بالذهب ، وكذلك لو أدّاها بأموال وأشياءٍ أُخر فليس له إلاّ أخذ ما أُحيل به عنه [١] .

أوضحنا لك قريباً أنّ هذا الحكم مختصّ بالكفالة [٢] ـ أي : الضمان ـ على خلاف القاعدة ؛ للخبر والإجماع .

أمّا الحوالة فهي باقية على ما تقتضيه القواعد من أنّ له المطالبة سواء أدّى أو لم يؤدِّ بعد أن اشتغلت ذمّته للمحال واشتغلت ذمّة المحيل للمحال عليه لو كان بريئاً ، فكلّ منهما له أن يطالب الآخر بحقّه عند حلول الأجل ، ولا يناط أحد الدينين بالآخر ، ولا علاقة بينهما ، فراجع وتدبّر .

---

(١) ورد : (النقود) بدل : (الدراهم) ، و : (كذلك) بدل : (وكذلك) ، و : (عليه من النقود) بدل : (به عنه) في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٣٨٢.

ووردت المادّة في درر الحكّام (٢ : ٤٣) بصيغة :

(ليس للمحال عليه أن يرجع على المحيل قبل أداء الدين ، وإذا رجع عليه فإنّما يرجع بالمحال به ، يعني : أنّه يأخذ من المحيل الجنس الذي أُجل عليه من الدراهم ، وليس له أن يرجع بالمؤدّىٰ .

مثلاً : لو أُحيل عليه دراهم فضة وأعطىٰ ذهباً يأخذ فضة ، وليس له أن يطلب بالذهب ، وكذلك إذا أدّى أموالاً وأشياءً أُخر يأخذ الدراهم التي أُحيلت) .

لاحظ الفتاوى الهندية ٣ : ٢٩٩.

(٢) تقدّم في ص ٣١٨.

ومنه تعرف ما اشتملت عليه هذه المادّة من الأمر الثاني ، وهو قولهم :

ولا يرجع إلاّ بالمحال به ، يعني : يرجع بجنس ما أُحيل عليه [. . .] إلى آخره .

يعني : لو أحاله بدراهم ، فتراضى المحال والمحال عليه أن يدفع عوضها دنانير أو ثوباً أو غير ذلك ، فلا يرجع المحال عليه على المحيل إلاّ بالدراهم ، لا بما تراضيا عليه .

(مادّة : ٦٩٩) كما يكون المحال عليه بريئاً من الدين بأداء المحال به أو بحوالته إيّاها على الآخر أو بإبراء المحال له إيّاه ، كذلك يبرأ من الدين لو وهبه المحال أو تصدّق به عليه وقبِل ذلك [١] .

حاصل هذه المادّة : أنّ براءة ذمّة المحال عليه كما تكون بأدائه المبلغ المحال أو تحويله على آخر ، كذلك تحصل بإبراء المحال له أو هبته له أو التصدّق به عليه ، والفرق بينهما قصد القربة ، أو يحتسبه عليه من الحقوق الشرعية من خمس أو زكاة أو غيرهما .

---

(١) وردت المادّة في شرح المجلّة لسليم اللبناني (١ : ٣٨٢ ـ ٣٨٣) بالصيغة الآتية :

(كما أنّ المحال عليه يبرأ من الدين إذا أدّى المحال به أو أحاله على آخر أو أبرأه المحال له منه ، كذلك يبرأ من الدين لو وهبه المحال له المحال به أو تصدّق به عليه وقبل الهبة أو الصدقة) .

ووردت في درر الحكّام (٢ : ٤٦) بالصيغة الآتية :

(كما أنّ المحال عليه يبرأ من الدين بأداء المحال به أو إذا أخذه أحد حوالة على نفسه أو بإبراء المحال له المحال عليه ، وإذا وهب المحال له المحال به أو تصدّق به وقبل المحال عليه يصير بريئاً من الدين أيضاً) .

قارن الفتاوى الهندية ٣ : ٢٩٩ .

ومثل هذه الوجوه تحصل ما لو مات المحال فورثهُ المحال عليه ، فإنّ المال ينتقل إليه وتبرأ ذمّته ؛ لأنّ الإنسان لا يملك على نفسه شيئاً ، كما في :

(مادّة : ٧٠٠) لو توفّي المحال له وكان وارثه المحال عليه لا يبقى حكم الحوالة [1] .

---

(١) وردت المادّة نصّاً في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٣٨٣.

ووردت في درر الحكّام (٢ : ٤٦) بالصيغة التالية :

(إذا توفّي المحال له وكان المحال عليه وارثاً له فقط فلا يبقىٰ حكم للحوالة) .

انظر الفتاوىٰ الهندية ٣: ٢٩٩ ـ ٣٠٠.

الكتاب الخامس

الرهن

ويشتمل على مقدّمة وأربعة أبواب

بسم الله الرحمن الرحيم

و له الحمد

المقدّمة

في بيان الاصطلاحات الفقهيّة

المتعلّقة بالرهن

(مادّة : ٧٠١) الرهن : حبس مال وتوقيفه في مقابلة حقٍّ يمكن استيفاؤه منه ، ويسمّى ذلك المال : مرهوناً ، أو : رهناً [١] .

---

(١) ورد : (إمساكه) بدل : (توقيفه) ، و : (مقابل) بدل : (مقابلة) ، و : (رهناً) بدل : (أو رهناً) في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٣٨٤.

ووردت المادّة في درر الحكّام (٢ : ٥٣) بهذا النصّ :

(الرهن : جعل مال محبوس وموقوف مقابل حقٍّ ممكن الاستيفاء من ذلك المحال ، وكما يقال له : مرهون ، يقال له أيضاً : رهن) .

وهذا هو تعريف الرهن عند الحنفيّة .

أمّا المالكيّة فقد عرّفوه بأنّه : جعل عين لها قيمة مالية في نظر الشرع .

أو بأنّه : عقد لازم لا ينقل الملك قصد به التوثّق في الحقوق .

وعرّفه الحنابلة بأنّه : المال الذي يجعل وثيقة بالدين ليستوفى من ثمنه إن تعذّر استيفاؤه ممّن هو عليه .

وقد عرّفه الشافعيّة بما يقرب من تعريف الحنابلة ، فقالوا : إنّه جعل عين مال وثيقة بدين يستوفى منها عند تعذّر وفائه .

←

عرّف الرهن فقهاؤنا بما هو أخصر من هذا وألصق بحقيقته، فقالوا: هو وثيقة على الدين، أو: وثيقة على دين المرتهن [١].

والأقرب إلى حقيقته: أنّه سلطنة على العين من المالك لدائنه في استيفاء دينه منها عند عدم الدفع في الأجل، فهو حقّ مالي يتعلّق بالعين للمرتهن يوجب حبسها على الراهن إلى أن يصله حقّه أو يستوفيه منها.

وبعبارةٍ أجلى: أنّ الحقّ كما يكون في ذمّة الإنسان وفي عهدته، كذلك قد يكون في عهدة المال وذمّته، يعني: في ذمّة العين المالية، فالرهن في الحقيقة ضمّ ذمّة الأعيان إلى ذمّة الإنسان.

فالمال الذي أقرضته لزيد تارةً تتعهّد لك ذمّته به فقط وهو الدين المطلق، وتارةً ذمّته وذمّة العين المرهونة وهو الدين الموثوق، فلك في العين حقّ استيفاء المال منها، لا أن لك مثل المال فيها، كما ينسب إلى الحنفيّة [٢].

وفرّعوا على ذلك: أنّها لو تلفت في يد المرتهن بغير تفريط كان التلف عليهما لو زادت على الدين أو نقصت، وعلى المرتهن لو ساوته.

مثلاً: لو كانت قيمتها مائتين وكان الدين مائة سقط دينه ولم يغرم للراهن

← قارن: المغني ٤: ٣٦٦، المجموع ٣: ١٧٧، شرح فتح القدير ٩: ٦٤، تبيين الحقائق ٦: ٦٢، البناية في شرح الهداية ١١: ٥٤٢، مواهب الجليل ٥: ٢، مغني المحتاج ٢: ١٢١، مجمع الأنهر ٢: ٥٨٤، بلغة السالك ٣: ٢٢٠ ـ ٢٢١، الفتاوى الهندية ٥: ٤٣١، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٣: ٢٣١، حاشية البجيرمي على شرح الخطيب ٣: ٦٨، اللباب ٢: ٥٤.

(١) لاحظ: المهذّب البارع ٢: ٤٩٣، المسالك ٤: ٧، مجمع الفائدة ٩: ١٢٩، الجواهر ٢٥: ٩٤.

(٢) يستفاد ذلك من تتبع ما نقله علي حيدر في درر الحكّام ٢: ٥٤ وما بعدها.

شيئاً فيكون تلفها عليهما ، ولو كانت قيمتها مائة فتلفها على المرتهن فقط ، ولو كانت ثمانين دفع له الراهن عشرين ؛ لأنّ التلف ـ كما عرفت ـ عندهم استيفاء .

أمّا عند الإماميّة وباقي المذاهب فالتلف بلا تفريط على الراهن فقط مطلقاً ، ودين المرتهن بحاله لا يذهب منه شيء [1] ، كما لو كفل المال كفيلين ومات أحدهما ، فتدبّره .

أمّا (**مادّة : ٧٠٢**) إلى (**مادّة : ٧٠٥**) [2] فكلّها واضحة ، ولا حاجة إلى

---

(١) قال الشيخ الطوسي : (الرهن غير مضمون عندنا ، فإن تلف من غير تفريط فلا ضمان على المرتهن ، ولا يسقط دينه عن الراهن . وبه قال علي عليه‌السلام .
فإنّه روي عنه أنّه قال : « الرهن أمانة » .
وروي أنّه قال : « إذا تلفت الرهن بالجائحة فلا ضمان على المرتهن » .
وهو مذهب عطاء بن أبي رباح ، وإليه ذهب الشافعي وأحمد بن حنبل والأوزاعي وأبو عبيد وأبو ثور ، وهو اختيار أبي بكر بن المنذر .
وذهب أبو حنيفة وسفيان الثوري إلىٰ : أنّ الرهن مضمون بأقل الأمرين من قيمته أو الدين . وبه قال عمر بن الخطّاب .
وذهب شريح والشعبي والنخعي والحسن البصري إلىٰ : أنّ الرهن مضمون بجميع الدين ، فإذا تلف الرهن في يد المرتهن سقط جميع الدين وإن كان أضعاف قيمته . وقالوا : الرهن بما فيه) .
(الخلاف ٣ : ٢٥٦) .
وراجع : أحكام القرآن للجصّاص ٢ : ٢٦٢ ـ ٢٦٣ ، النتف في الفتاوىٰ ٢ : ٦٠٨ ـ ٦٠٩ ، المبسوط للسرخسي ٢١ : ٦٤ ـ ٦٥ ، بداية المجتهد ٢ : ٢٧٥ ـ ٢٧٦ ، المغني ٤ : ٤٤٢ ، فتح العزيز ١٠ : ١٣٨ ، المجموع ١٣ : ٢٤٩ ـ ٢٥٠ ، البحر الزخّار ٥ : ١١٣ ، مغني المحتاج ٢ : ١٣٧ .
وبما يتعلّق بالروايتين المذكورتين في كلام الشيخ الطوسي فراجع فيهما : سنن الدارقطني ٣ : ٣١ ، السنن الكبرىٰ للبيهقي ٦ : ٤٣ .

(٢) نصوص هذه المواد ـ على ما في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٣٨٤ ـ كما يلي : ←

ذكرها .

← (مادّة : ٧٠٢) **الارتهان : أخذ الرهن .**

(مادّة : ٧٠٣) **الراهن هو : الذي أعطىٰ الرهن .**

(مادّة : ٧٠٤) **المرتهن هو : آخذ الرهن .**

(مادّة : ٧٠٥) **العدل هو : الذي ائتمنه الراهن والمرتهن وسلّماه وأودعاه الرهن .**

وقد طوينا كشحاً عن التعرّض لمصادر هذه المواد ، وذلك لوضوحها .

الباب الأوّل

في بيان المسائل المتعلّقة بعقد الرهن

وينقسم إلى ثلاثة فصول



الفصل الأوّل

في

بيان المسائل المتعلّقة بركن الرهن

(مادّة : ٧٠٦) ينعقد الرهن بإيجاب الراهن والمرتهن وقبولهما ، ولكن لا يتمّ الرهن ولا يلزم ما لم يكن تمّ قبض الرهن .

بناءً عليه للراهن أن يرجع عن الرهن قبل التسليم [1] .

---

(١) وردت المادّة في شرح المجلّة لسليم اللبناني (١ : ٣٨٥) بالنص التالي :

(ينعقد الرهن بإيجاب وقبول من الراهن والمرتهن ، ولكنّه لا يتمّ ولا يلزم إلاّ بالقبض ، فللراهن أن يرجع عن الرهن قبل التسليم) .

ووردت في درر الحكّام (٢ : ٦٦) بصيغة :

(ينعقد الرهن بإيجاب وقبول من الراهن والمرتهن فقط ، لكن ما لم يوجد القبض لا يتمّ ولا يكون لازماً .

وبناءً عليه يجوز للراهن أن يرجع الرهن قبل التسليم) .

وهذا هو رأي أبي حنيفة والشافعي دون مالك وأبي ثور .

وقال ابن قدامة : (قال بعض أصحابنا : ما كان مكيلاً أو موزوناً لا يلزم رهنه إلاّ بالقبض ، وفي ما عداهما روايتان : إحداهما : لا يلزم إلاّ بالقبض ، والأُخرى : يلزم بمجرّد العقد كالبيع ، وقد نصّ أحمد على هذا في رواية الميموني) .

قارن : المبسوط للسرخسي ٢١ : ٦٨ ، بداية المجتهد ٢ : ٢٧٣ ، المغني ٤ : ٣٦٨ ـ ٣٦٩ ، فتح العزيز ١٠ : ٦٦ ، المجموع ١٣ : ١٨٥ ، تبيين الحقائق ٦ : ٦٣ ، كشّاف القناع ٣ : ٣٣٠ ، حاشية إعانة الطالبين ٣ : ٥٨ .

اشتملت هذه المادّة على أمرين مهميّن من مباحث الرهن :

الأوّل : أنّ الرهن من العقود ، فيحتاج تحقّقه إلى إيجاب وقبول ، ولكن إيجاب الراهن وقبول المرتهن ، لا كما في (المجلّة) إيجابهما وقبولهما .

وكونه من العقود ممّا لا ينبغي الريب فيه ، بل لعلّه ممّا اتّفق عليه فقهاء المذاهب أجمع [(١)] .

ولكن يكفي فيهما كلّ ما دلّ على إنشاء معناهما ، كما نصّ عليه في المادّة التالية :

(مادّة : ٧٠٧) إيجاب الرهن وقبوله هو قول الراهن : رهنتك هذا الشئ في مقابلة ديني ، ولفظ آخر في هذا المآل ، وقول المرتهن : قبلت ، أو : رضيت ، أو لفظ آخر يدلّ على الرضا . ولا يشترط إيراد لفظ الرهن .

مثلاً : لو اشترى أحد شيئاً وأعطى للبائع مالاً ، وقال له : أبقِ هذا المال عندك إلى أن أُعطيك ثمن المبيع ، يكون قد رهن ذلك المال [(٢)] .

---

(١) انظر : بدائع الصنائع ٨ : ١٣٨ ، بداية المجتهد ٢ : ٢٧١ ، المغني ٤ : ٣٦٩ ، المسالك ٤ : ٩ ، مغني المحتاج ٢ : ١٢١ ، مجمع الفائدة ٩ : ١٢٨ ، الحدائق ٢٠ : ٢٢٢ .

(٢) وردت عبارة : (الإيجاب والقبول في الرهن) بدل عبارة : (إيجاب الرهن وقبوله) ، وورد : (بمقابلة) بدل : (في مقابلة) ، و : (المعنىٰ) بدل : (المآل) ، و : (واحد) بدل : (أحد) في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٣٨٦ .

ووردت المادّة في درر الحكّام (٢ : ٧٢) بصيغة :

(الإيجاب والقبول في الرهن هو قول الراهن : إنّي رهنت عندك هذا الشيء مقابل ديني ، أو كلاماً آخر بهذا المعنىٰ ، وأن يقول المرتهن أيضاً قولاً يدلّ على الرضا مثل : قبلت ، أو : رضيت . وليس ذكر لفظ الرهن شرطاً .

←

الثاني ـ ممّا اشتملت عليه المادّة السابقة ـ : اشتراط قبض العين المرهونة في الرهن .

وهذه المسألة من مسائل الخلاف عندنا ، والمعروف فيها ثلاثة أقوال :

الأوّل : إنّه شرط في صحّة الرهن ، فيكون نحو اشتراطه فيه نحو اشتراطه في الهبة ، فلا يكون للعقد أيّ أثر بدونه [١] .

الثاني : إنّه شرط في لزومه ، فيكون العقد قبل القبض مؤثّراً لتعلّق حقٍّ بالعين ، ولكن على نحو الجواز لا اللزوم ، فله أن يرجع قبل القبض فيبطل العقد ، بخلافه بعد القبض [٢] .

← **مثلاً : لو اشترى أحد شيئاً وأعطى البائع مالاً قائلاً له : احفظه عندك ريثما أنقدك الثمن ، يكون قد رهن المال) .**

وقد نقل ابن عابدين : أنّ عدم شرطية ذكر لفظ الرهن هو مذهب أبي حنيفة والشيباني ، وأمّا على مذهب أبي يوسف والشافعي ومالك وابن حنبل فلا ينعقد الرهن باللفظ المذكور ، بل ينعقد وديعة ؛ لأنّه يحتمل الرهن والإيداع ، وحيث إنّ الإيداع أقلّ من الرهن اقتضى ثبوت الإيداع بسبب أنّ الوديعة أمانة صرفة ، وأمّا الرهن فمضمون بغيره .

راجع : الإنصاف ٥ : ١٢٢ ، تكملة البحر الرائق ٨ : ٢٣١ ، الفتاوى الهندية ٥ : ٤٣١ ـ ٤٣٢ ، حاشية ردّ المحتار ٦ : ٤٧٨ و ٤٩٧ .

(١) ذهب لهذا القول : أبو الصلاح الحلبي في الكافي في الفقه ٣٣٤ ، والطوسي في النهاية ٤٣١ ، وسلاّر في المراسم ١٩٢ ، وابن البرّاج في المهذّب ٢ : ٤٦ و ٤٧ ، وابن حمزة في الوسيلة ٢٦٥ ، والمحقّق الحلّي في الشرائع ٢ : ٣٢٩ ، والشهيد الأوّل في الدروس ٣ : ٣٨٣ ، وغاية المراد ٢ : ١٨٣ ، والشهيد الثاني في الروضة البهيّة ٤ : ٥٦ .

ونسبه النجفي لظاهر المفيد في الجواهر ٢٥ : ١٠١ .

ولاحظ المقنعة ٦٢٢ .

(٢) نسب النجفي هذا القول لخيرة المقنعة في الجواهر ٢٥ : ١٠١ .

وهذا هو الظاهر من عبارة (المجلّة) في هذه المادّة .

الثالث : إنّه غير شرط لا في لزومه ولا صحّته ، وحال القبض فيه حاله في سائر عقود المعاوضات ، مثل : البيع والإجارة ، حيث يجب على كلٍّ من المتعاقدين تسليم ما وقع عليه العقد إلى الآخر بمقتضى حكم المعاوضة [١].

ولعلّ هذا هو الأوفق بالقواعد والأقرب إلى مفاد الأدلّة ، وهي عمومات الرهن [٢] وعدم المخصّص لها سوى ما يتوهّم من قوله تعالى : ﴿ فرهانٌ مَقبُوضَةٌ ﴾ [٣] ، و في الحديث : « لا رهن إلاّ مقبوضاً » [٤] ، ودعوى الإجماع [٥] الذي لم نتحقّقه .

أمّا الآية فمن تدبّر ما قبلها وما بعدها لا يجدها في مقام التعرّض لشرائط الرهن ومقوّماته ولا في مقام الوجوب والإلزام ، وإنّما هي في مقام الإرشاد إلى التوثّق في الدين وأخذ الحائطة بالكتابة والإشهاد وما إلى ذلك .

ولا يبعد أنّ المراد في الآية والحديث بيان أنّ الرهن يلزم أن يكون عيناً يمكن قبضها حين العقد لا ديناً في الذمّة .

ولعلّ إليه الإشارة بتأنيثه في الآية ، أي : عيناً مقبوضة .

---

(١) ذهب لهذا القول : الطوسي في الخلاف ٣ : ٢٢٣ ، والمبسوط ٢ : ١٩٦ ، وابن إدريس الحلّي في السرائر ٢ : ٤١٧ ، والعلاّمة الحلّي في المختلف ٥ : ٤١٨ ، وفخر الدين في الإيضاح ٢ : ٢٥ ، والشهيد الثاني في المسالك ٤ : ١٢ ، والنجفي في الجواهر ٢٥ : ١٠٢ .

(٢) انظر الوسائل الرهن ١ : ١ ـ ٨ (١٨ : ٣٧٩ ـ ٣٨١) .

(٣) سورة البقرة ٢ : ٢٨٣ .

(٤) التهذيب ٧ : ١٧٦ ، الوسائل الرهن ٣ : ١ (١٨ : ٣٨٣) .

(٥) حكي الإجماع عن الطبرسي في الجواهر ٢٥ : ٩٩ ، ولاحظ مجمع البيان ٢ : ٢٢٤ .

وبالجملة : فليس من دليل صريح في توقّف عقد الرهن على القبض لا لزوماً ولا صحّةً ، وليس حاله بالنسبة إلى القبض إلاّ حال سائر العقود ، فإذا جرى عقد الرهن إيجاباً وقبولاً وجب على الراهن أن يقبض المرتهن العين المرهونة .

ثمّ إمّا أن يتّفقا على بقائها عنده إلى الأجل ، أو عند الراهن ، أو عند أمين ثالث بينهما .

ولكن ليس للراهن ـ بعد العقد ـ الرجوع عن الرهن ، خلافاً لما في (المجلّة) الموافق للمشهور عند فقهائنا [١] .

وعقد الرهن ـ كسائر العقود ـ يكفي فيه كلّ ما يدلّ عليه ، ولكن بالصراحة ولو بمعونة القرينة ، ولا ينعقد بالمجازات البعيدة والكنايات الغامضة ، كما في (**مادّة : ٧٠٧**) .

---

(١) لاحظ : الخلاف ٣ : ٢٢٣ ، الشرائع ٢ : ٣٣٧ .

الفصل الثاني

في

بيان شروط انعقاد الرهن

(مادّة : ٧٠٨) يشترط أن يكون الراهن والمرتهن عاقلين ، ولا يشترط أن يكونا بالغين حتّى جاز رهن الصبي المميّز وارتهانه [١] .

أمّا عند الإماميّة فيشترطون البلوغ أيضاً قولاً واحداً ، وأن يكون مختاراً قاصداً ، لا مكرهاً ولا هازلاً [٢] .

(مادّة : ٧٠٩) يشترط أن يكون المرهون صالحاً للبيع .

بناءً عليه يلزم أن يكون موجوداً ، ومالاً متقوّماً ، ومقدور التسليم في

---

(١) وردت زيادة لفظة : (لكن) قبل : (لا) ، وورد : (صحّ) بدل : (جاز) في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٣٨٧.

وورد : (**بلوغهما حتّى إنّ رهن الصبي المميّز وارتهانه جائزان**) بدل : (**أن يكونا بالغين حتّى جاز رهن الصبي المميّز وارتهانه**) في درر الحكّام ٢ : ٧٤.

وبالنسبة إلى مسألة اشتراط البلوغ وعدمه فالظاهر أنّ المذكور في (المجلّة) هو رأي الحنفيّة والمالكيّة دون الشافعيّة والحنابلة.

قارن : بدائع الصنائع ٨ : ١٣٩ ، بداية المجتهد ٢ : ٢٧١ ، المغني ٤ : ٣٦٩ ، المجموع ١٣ : ١٧٩ ، الإنصاف ٥ : ١٢٥ ، الفتاوى الهندية ٥ : ٤٣٢ ، حاشية البجيرمي على شرح الخطيب ٣ : ٧٤.

(٢) راجع : مجمع الفائدة ٩ : ١٥١ ، الحدائق ٢٠ : ٢٥٤ ، الرياض ٩ : ٢٠٩ و٢١٤ ، الجواهر ٢٥ : ١٥٩ و١٦٠.

وقت الرهن[1] .

لمّا كان الرهن ـ بحسب حقيقته ـ وثيقة على الدين ، فلازم ذلك أن يكون مالاً ذا قيمة يمكن عادة حصول الوثوق والاطمئنان به في تأمين حقّ المرتهن الدائن .

وحينئذٍ فلا يصحّ رهن ما لا مالية له ، كالهوام والحشرات .

ولا رهن ما لا وجود له حال الرهن ، فلا يصحّ رهن ما سيوجد ، كثمرة

---

(١) ورد : (فيلزم) بدل : (بناءً عليه يلزم) ، ووردت عبارة : (**وقت العقد موجوداً ، ومالاً متقوّماً ، ومقدور التسليم**) بدل عبارة : (**موجوداً ، ومالاً متقوّماً ، ومقدور التسليم في وقت الرهن**) في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٣٨٧ .

ووردت عبارة : (**فيجب أن يكون موجوداً وقت العقد ، ومالاً متقوّماً ، ومقدور التسليم**) بدل عبارة : (**بناءً عليه يلزم . . .**) في درر الحكّام ٢ : ٧٩ .

هذا ، وقد اشترط الحنفيّة في المرهون هذه الشروط المذكورة في المادّة بالإضافة إلىٰ شرط آخر غير مذكور فيها ، وهو : كون المرهون مقسوماً لا مشاعاً .

وذهب الشافعيّة والحنابلة إلىٰ : أنّ كلّ عين جاز بيعها جاز رهنها ؛ لأنّ المقصود من الرهن أن يباع ويستوفىٰ الحقّ منه إذا تعذّر استيفاؤه من ذمّة الراهن ، وهذا يتحقّق في كلّ عين جاز بيعها ، ولأنّ ما كان محلاً للبيع كان محلاً لحكمة الرهن .

فيصحّ عندهم بيع المشاع سواء رهن عقد شريكه أم عند غيره ، قبل القسمة أم لم يقبلها .

وعندهم أنّ ما لا يصحّ بيعه لا يصحّ رهنه ، فلا يصحّ رهن المسلم أو ارتهانه كلباً أو خنزيراً أو خمراً .

وذهب المالكيّة إلىٰ : جواز رهن ما فيه غرر يسير ، كبعير شارد وتمر لم يبد صلاحه ؛ لأنّ للمرتهن دفع ماله بغير وثيقة ، فساغ أخذه بما فيه غرر ؛ لأنّه شيء في الجملة ، وهو خير من لا شيء ، بخلاف ما فيه غرر شديد ، كالجنين وكزرعٍ لم يوجد .

انظر : بدائع الصنائع ٨ : ١٤١ ، المغني ٤ : ٣٧٥ ، المجموع ١٣ : ١٩٨ ، مجمع الأنهر ٢ : ٥٩١ ـ ٥٩٢ ، الفتاوى الهندية ٥ : ٤٣٢ ، الشرح الصغير للدردير ٣ : ٣٠٥ .

الشجرة وحمل الدابّة .

ويلزم أن يكون ملكاً طلقاً ، فلا يصحّ رهن الوقف ومال المفلس وتركة الميّت التي تعلّق بها حقّ الغرماء .

بل لا يصحّ أيضاً رهن العين المرهونة عند مرتهن آخر إلاّ برضا المرتهن الأوّل ، وهكذا .

وأن يكون مقدور التسليم حين الرهن ، فلا يصحّ رهن العبد الآبق و الدابّة الشاردة والمال الساقط في البحر وأمثال ذلك .

وأن يكون عيناً ، فلا يصحّ رهن المنفعة .

وقد جعلت (المجلّة) ضابطة العين التي يصحّ رهنها هي العين التي يصحّ بيعها .

ولكنّك عرفت في (الجزء الأوّل ص ٧٢) [١] التأمّل في صحّة هذه الضابطة ، والمناقشة في الكلّية القائلة : (إنّ كلّ ما يصحّ بيعه يصحّ رهنه) [٢] وأنّها تنتقض بالدين الذي يصحّ بيعه اتّفاقاً ولا يصحّ رهنه اتّفاقاً [٣] ، والكلّي فإنّه يصحّ بيعه ولا يصحّ رهنه اتّفاقاً ، والمشاع فإنّه يصحّ بيعه و لا يصحّ رهنه عند الأكثر ، إلاّ بعد قسمته كي يمكن قبضه فعلاً [٤] ، والمنافع لو قلنا بصحّة

---

(١) هذا حسب الطبعة القديمة ، أمّا في هذا الطبعة فراجع ج ١ ص ٢٢٤ ـ ٢٢٥ .

(٢) القواعد الفوائد ٢ : ٢٦٨ ، الأقطاب الفقهيّة ١٢٤ ، تسهيل المسالك ١١ .

وراجع : الأُم ٣ : ١٦٥ ، المغني ٤ : ٣٧٤ ، المجموع ١٣ : ١٧٩ ، القواعد للحصني ٤ : ١٥٧ . الأشباه والنظائر للسيوطي ٧٠٧ ، الأشباه والنظائر لابن نجيم ٣٢٢ .

(٣) انظر : السرائر ٢ : ٤١٦ ـ ٤١٧ ، الجواهر ٢٥ : ١١٦ .

(٤) الشرائع ٢ : ٣٣٠ .

بيعها ، ولكن لا يصحّ رهنها اتّفاقاً [١] وإن كان لا مانع منه عقلاً واعتباراً .

نعم ، عكس القاعدة مسلّم لا ريب فيه ، فإنّ : (كلّ ما لا يصحّ بيعه لا إشكال في أنّه لا يصحّ رهنه) وليس عندنا : ما يصحّ رهنه ولا يصحّ بيعه .

هذا كلّه في شروط العين المرهونة .

وأمّا الحقّ الذي يصحّ الرهن عليه ، فقد اتّفقوا على أنّ الحقّ الذي يصحّ الرهن عليه هو الكلّي الذي استقرّ اشتغال الذمّة به سواء كان قرضاً أو ثمن مبيع أو سلماً أو مهراً أو فدية خلع أو نفقة أو أرش جناية أو أرش معيب أو غير ذلك [٢] .

هذا هو الأصل في ما يصحّ الرهن عليه .

ثمّ توسّعوا فجوّزوه على العين ، كما أجازوه في الدين ، فقالوا : بصحّة الرهن على الأعيان المضمونة كالمغصوب ودرك المبيع والمقبوض بالسوم وبالعقد الفاسد وهكذا سائر ما يتعلّق به الضمان من الأعيان [٣] ، ولا يخرج إلاّ الأمانات ؛ لأنّها غير مضمونة [٤] ، كما نصّت عليه :

---

(١) نُقل الوفاق في المسالك ٤ : ٢١ ، ولاحظ : الشرائع ٢ : ٣٣٠ ، الرياض ٩ : ١٩٢ ، الجواهر ٢٥ : ١١٩ . ولكن صريح المختلف (٥ : ٤٤٨) وقوع الخلاف فيه .

(٢) قارن : الشرائع ٢ : ٣٣٢ ، المسالك ٤ : ٣١ ، الرياض ٩ : ٢٠٥ ، الجواهر ٢٥ : ١٤٣ .

(٣) لاحظ : الدروس ٣ : ٤٠١ و٤٠٣ ، المسالك ٤ : ٢٨ ـ ٢٩ ، الحدائق ٢٠ : ٢٥٠ ، الجواهر ٢٥ : ١٤٣ ـ ١٤٤ .

وأكثر الفقهاء على المنع في المسألة ، كما في الرياض ٩ : ٢٠٦ .

(٤) نقل الاتّفاق على المسألة : العلاّمة الحلّي في التذكرة ٢ : ٢٣ ، والشهيد الثاني في الروضة البهيّة ٤ : ٥٣ ، والفيض الكاشاني في مفاتيح الشرائع ٣ : ١٣٧ ، والطباطبائي في الرياض ٩ : ٢٠٦ .

(مادّة : ٧١٠) يشترط أن يكون مقابل الرهن مالاً مضموناً .

بناءً عليه يجوز أخذ الرهن لأجل مال مغصوب ، ولا يصحّ لأجل مال الأمانة [١] .

---

(١) ورد : (فيجوز) بدل : (بناءً عليه يجوز) في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٣٨٧.

وورد التغيير المزبور ، وكذلك ورد : (المال المغصوب) بدل : (مال مغصوب) ، وورد : (**لا يصحّ أخذ الرهن لأجل مال هو أمانة**) بدل : (لا يصحّ لأجل مال الأمانة) في درر الحكّام ٢ : ٨١.

ولا بأس بالتنبيه على مسألة هامّة ، وهي : أنّ الحنفيّة ذهبوا إلى : جواز أخذ الرهن بعوض القرض وإن كان قبل ثبوته ، بأن يرهنه ليقرضه مبلغاً من النقود في الشهر القادم ، فإن هلك الرهن في يد المرتهن كان مضموناً بما وعد من الدين ، وبرئ من مال السلم وثمن الصرف والمسلّم فيه ، فإن هلك الرهن في يد المرتهن كان مضموناً بما وعد من الدين ، وبرِئ من مال السلم وثمن الصرف والمسلّم فيه ، فإن هلك الرهن في المجلس تمّ الصرف والسلم ، وصار المرتهن مستوفياً حقّه حكماً ، وإن افترقا قبل نقد أو هلاك بطلا .

ويجوز عندهم الرهن بالأعيان المضمونة بعينها ، كالمغصوبة وبدل الخلع والصداق وبدل الصلح عن دم العمد ؛ لأنّ الضمان متقرّر ، فإنّه إن كان قائماً وجب تسليمه ، وإن كان هالكاً تجب قيمته ، فكان رهناً بما هو مضمون .

أمّا الأعيان المضمونة بغيرها ـ كالمبيع في يد البائع والأمانات الشرعية كالودائع أو العواري والمضاربات ومال الشركة ـ فلا يجوز أخذ الرهن بها .

وذهب المالكيّة إلى : جواز أخذ الرهن بجميع الأثمان الواقعة في جميع البيوع ، إلاّ الصرف ورأس مال السلم ؛ لأنّه يشترط فيهما التقابض في المجلس .

ويجوز عندهم أخذ الرهن بدين السلم ، والقرض ، والمغصوب ، وقيم المتلفات ، وأرش الجنايات في الأموال ، وجراح العمد الذي لا قود فيه كالمأمومة والجائفة ، وارتهان قبل الدين من قرض ، أو بيع ما يلزم المستأجر من الأُجرة بسبب عمل يعمله الأجير بنفسه أو دابّته ، وما يلزم بسبب جعالة ، وما يلزم بالعارية المضمونة .

وقال الشافعيّة : يشترط في ما يجوز أخذ الرهن به ثلاثة شروط :

الأوّل : أن يكون ديناً .

←

. . . .

← فلا يصحّ أخذ الرهن بالأعيان مضمونة كانت أو أمانة وسواء كان ضمان العين بحكم العقد أم بحكم اليد، كالمستعار والمأخوذ بالسوم والمغصوب والأمانات الشرعية كالوديعة ونحوها.

وقالوا: لأنّ الله تعالى ذكر الرهن في المداينة فلا يثبت في غيرها، ولأنّ الأعيان لا تستوفى من ثمن المرهون، وذلك مخالف لقرض الرهن عند بيعه.

الثاني: أن يكون الدين ثابتاً.

فلا يصحّ أخذ الرهن بما ليس بثابت وإن وجد سبب وجوبه، فلا يصحّ بما سيقرضه غداً، أو نفقة زوجته غداً؛ لأنّ الرهن وثيقة حقّ، فلا يتقدّم عليه، وهو رأي الحنابلة.

الثالث: أن يكون الدين لازماً أو آيلاً إلى اللزوم.

فلا يصحّ بجعل الجعالة قبل الفراغ من العمل؛ لأنّه لا فائدة في الوثيقة مع تمكّن المديون من إسقاطها.

فيصحّ عندهم أخذ الرهن بكلّ حقٍّ لازم في الذمّة ثابت غير معرّض للإسقاط من الراهن، كدين السلم وعوض القرض وثمن المبيعات وقيم المتلفات والمهر وعوض الخلع غير المعيّنين والدية على العاقلة بعد حلول الحول والأُجرة في إجارة العين.

وقال الحنابلة: يصحّ الرهن بكلّ دين واجب أو مآله إلى الوجوب، كقرض وقيمة متلف وثمن في مدّة الخيار، وعلى العين المضمونة، كالمغصوب والعواري والمقبوض على وجه السوم والمقبوض بعقد فاسد.

وذلك لأنّه المقصود من الرهن الوثيقة بالحقّ، وهو حاصل، فإنّ الرهن بهذه الأعيان يحمل الراهن على أدائها، فإن تعذّر أداؤها استوفى بدلها من ثمن الرهن، فأشبهت ما في الذمّة.

ويجوز أخذ الرهن على منفعة إجارة في الذمّة، كمن استؤجر لبناء دار وحمل شيء معلوم إلى محلٍّ معيّن، فإن لم يعمل الأجير العمل بيع الرهن واستؤجر منه من يعمله.

ويجوز أخذ الرهن بدية على عاقلة بعد حلول الحول؛ لوجوبها، أمّا قبل حلوله فلا يصحّ؛ لعدم وجوبها.

ولا يجوز أخذ الرهن على جعل الجعالة قبل العمل، ولا على عوض مسابقة قبله كذلك؛ لعدم وجوب ذلك، ولا يتحقّق أنّه يؤول إلى الوجوب، وبعد العمل جاز فيهما.

ولا يصحّ أخذ الرهن بعوض غير ثابت في الذمّة، كالثمن المعيّن، كقطعة من الذهب جعلت ←

وتخصيصه بخصوص الديون ـ كما لعلّه الأشهر [١] ـ ليس له حجّة ظاهرة ، كتخصيصه بالحقّ الثابت فعلاً ، أي : حال الرهن [٢] ، فلا يجوز الرهن على ما سيقترضه أو ما سيغرمه أو ما سوف يجنيه أو ما أشبه ذلك .

وعدم صحّة الرهن على مثل هذه الحقوق المفترضة التي لم تحصل هي ولا أسبابها ممّا لا ريب فيه .

إنّما الكلام في ما تحقّق سببه ومقتضيه ، كعقد الزواج الذي هو سبب لوجوب النفقة على الزوج ، والطلاق الذي هو مقتضٍ لوجوب نفقة العدّة وأمثال ذلك .

والأصحّ صحّة الرهن عليها ، وكفاية هذا المقدار من الاستعداد لتعلّق الحقّ .

وبهذا الملاك صحّ الرهن على ضمان درك المبيع أو الثمن لو ظهر مستحقّاً للغير .

← بعينها ثمناً ، والأُجرة المعيّنة في الإجارة ، والمنفعة المعيّنة المعقود عليها في الإجارة ، كدار معيّنة ودابّة معيّنة لحمل شيء معيّن إلىٰ مكان معلوم ؛ لأنّ الذمّة لم يتعلّق بها ـ في هذه الصور ـ حقّ واجب ولا يؤول إلى الوجوب ، ولأنّ الحقّ يتعلّق بأعيان هذه الأشياء .

قارن : بداية المجتهد ٢ : ٢٧٢ تكملة شرح فتح القدير ٩ : ٨٦ ، الاختيار ٢ : ٦٣ ، تبيين الحقائق ٦ : ٧٠ ـ ٧١ ، الإنصاف ٥ : ١٢٢ ـ ١٢٥ ، تكملة البحر الرائق ٨ : ٢٤٤ ، نهاية المحتاج ٤ : ٢٤٨ ـ ٢٥٢ ، الفتاوى الهندية ٥ : ٥٣٤ ، حاشية ردّ المحتار ٦ : ٤٩٢ و ٤٩٤ .

(١) انظر الجواهر ٢٥ : ١٤٣ .

(٢) لاحظ الرياض ٩ : ٢٠٥ .

الفصل الثالث

في

زوائد الرهن المتّصلة

وفي تبديل الرهن وزيادته بعد عقد الرهن

(مادّة : ٧١١) كما أنّ المشتملات الداخلة في البيع بلا ذكر تدخل في الرهن أيضاً ، كذلك لو رهنت عرصة تدخل في الرهن أشجارها وأثمارها وسائر مغروساتها ومزروعاتها وإن لم تذكر صراحة [١] .

هذا مع الإطلاق أو العرف الخاصّ فواضح ، أمّا بدونهما فالمتّبع التقييد .

(مادّة : ٧١٢) يجوز تبديل الرهن برهن آخر .

مثلاً : لو رهن أحد ساعة في مقابلة كذا دراهم دينه ، ثمّ ـ بعد ذلك ـ لو أتى بسيف ، وقال : خذ هذا بدل الساعة ، وردّ المرتهن الساعة وأخذ السيف ، يكون السيف مرهوناً مقابل ذلك المبلغ [٢] .

---

(١) وردت المادّة نصّاً في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٣٩١.

وردت بدون لفظ : (كذلك) في درر الحكّام ٢ : ٩١.

راجع : البناية في شرح الهداية ١١ : ٥٨٥ ، الفتاوى الهندية ٥ : ٤٥٨.

(٢) ورد : (واحد ساعة بدينه البالغ كذا ، ثم أتى) بدل : (أحد ساعة في مقابلة كذا دراهم دينه ، ثمّ ـ بعد ذلك ـ لو أتى) ، و : (كان) بدل : (يكون) ، و : (بمقابلة) بدل : (مقابل) في شرح المجلّة لسليم

←

مدرك هذه المادّة واللتين بعدها : (**٧١٣ و ٧١٤**) [١] زيادة الرهن على الدين الواحد ، كزيادة الدين على الرهن الواحد .

يعني : لو كان الرهن على مائة ، ثمّ أخذ من المرتهن مائة أُخرى على أن يكون الرهن على المائتين ، أو ضمّ الساعة إلى السيف على المائة الواحدة أنّ الحقّ بينهما ، فإذا تراضيا وأوقعا العقد ثانياً على الزائد أو الناقص صحّ ذلك ؛ لوجود المقتضي وعدم المانع .

(مادّة : ٧١٥) الزائد الذي يتولّد من المرهون يكون مرهوناً مع الأصل [٢] .

← اللبناني ١ : ٣٩٢.

وورد : (شخص ساعته مقابل) بدل : (أحد ساعة في مقابلة) في درر الحكّام ٢ : ٩٢.

لاحظ بدائع الصنائع ٨: ١٥٩.

(١) نصّ هاتين المادّتين ـ على ما في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٣٩٢و ٣٩٣ ـ كما يلي :

(مادّة : ٧١٣) يجوز أن يزيد الراهن في المرهون بعد العقد .

يعني : أنّه يصحّ زيادة مال على شيء كان قد رهن ليكون رهناً معه إذا كان العقد باقياً ، وهذا الزائد يلحق بأصل العقد ، فكأنّ العقد قد ورد على الأصل والزيادة معاً ، ومجموع هذين المالين يكون مرهوناً بالدين القائم حين الزيادة .

(مادّة : ٧١٤) إذا رهن مال في مقابلة دين تصحّ زيادة الدين في مقابلة ذلك الرهن أيضاً .

مثلاً : لو رهن واحد بألف قرش ساعة ثمنها ألفان ، ثمّ أخذ أيضاً في مقابلة ذلك الرهن من الدائن خمس مائة ، صار كأنّه رهن الساعة بألف وخمس مائة .

قارن : بدائع الصنائع ٨: ١٥٦و ٢٢٦ ، الاختيار ٢ : ٦٦ ، الفتاوى الهندية ٥ : ٤٥٦ ـ ٤٥٧ .

(٢) وردت المادّة نصّاً في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٣٩٣.

ووردت في درر الحكّام (٢ : ٩٧) بلفظ :

(الزيادة المتولّدة من المرهون تكون مرهونة مع أصل الرهن) .

←

هذا مع الإطلاق ممّا لا إشكال فيه، فإنّ فوائد العين المرهونة تتبع الأصل.

إنّما الكلام أنّه هل يصحّ اشتراط إطلاقها على أن يتصرّف بها الراهن كيف شاء، أو لا يصحّ ذلك؟

وجهان [١]، من: عموم أدلّة الشروط، ومن: أنّه منافٍ لمقتضى عقد

← وقد اختلف جمهور العامّة في حكم الزيادة المنفصلة للمرهون بعد اتّفاقهم على أنّ الزيادة المتّصلة تتبع الأصل.

فذهب الحنفيّة ـ كما هو مشار إليه في المادّة ـ إلى: أنّ نماء المرهون كالولد والثمر واللبن والصوف ونحو ذلك رهن مع الأصل، بخلاف ما هو بدل عن المنفعة كالأُجرة والصدقة والهبة، فلا تدخل في الرهن، وهي للراهن.

وذهب الشافعيّة إلى: أنّ الزيادة المنفصلة بأنواعها لا يسري عليها الرهن؛ لأنّ الرهن لا يزيل الملك، فلم يسرِ عليها كالإجارة.

وذهب المالكيّة إلى: أنّ ما تناسل من الرهن أو نتج منه ـ كالولد ـ يسري إليه الرهن، وما عدا ذلك من الزوائد ـ كالصوف واللبن وثمار الأشجار وسائر الغلاّت ـ فلا يسري عليها الرهن.

وذهب الحنابلة إلى: أنّ زوائد العين المرهونة المنفصلة رهن كالأصل، لا فرق بين ما تناسل منها أو نتج منها كالولد وبين غيره كالثمر والصوف واللبن.

وقالوا: لأنّه حكم ثبت في العين بعقد المالك، فيدخل فيه النماء والمنافع بأنواعها كالملك بالبيع وغيره، ولأنّ النماء حادث من عين الرهن، فيدخل فيها كالمتّصل.

وقالوا في سراية الرهن على الولد: إنّه حكم مستقرّ في الأُمّ ثبت برضا المالك، فيسري إلى الولد كالتدبير والاستيلاد.

انظر: بداية المجتهد ٢: ٢٧٤ ـ ٢٧٥، المغني ٤: ٤٣٤ ـ ٤٣٥، الاختيار ٢: ٦٥، القوانين الفقهيّة لابن جزي ٢١٣، الإنصاف ٥: ١٤٢، تكملة شرح فتح القدير ٩: ١٢٩، نهاية المحتاج ٤: ٢٨٩، كشّاف القناع ٣: ٣٣٨ ـ ٣٣٩، الفتاوى الهندية ٥: ٤٥٨، اللباب ٢: ٦١ ـ ٦٢.

(١) ذهب للوجه الأوّل: الطوسي في المبسوط ٢: ٢٤٦، والحلّي في المختلف ٥: ٤٤٧، والطباطبائي في الرياض ٩: ٢٠٤.

وذهب للوجه الثاني الشيخ الطوسي أيضاً في المبسوط ٢: ٢٤٤ ـ ٢٤٥.

الرهن ، فإنّ مقتضى طبيعة عقد الرهن منع الراهن والمرتهن من التصرّف ، واستيفاء المنافع من العين المرهونة تصرّف فيها ، وهذا هو الأقوى .

الباب الثاني

في

بيان مسائل تتعلّق بالراهن و المرتهن



من خواص عقد الرهن الذي يعزّ النظير له فيها أنّه لازم من أحد الطرفين جائز من الطرف الآخر، فمن جهة الراهن لازم، ومن جهة المرتهن جائز.

وسرّه واضح لا يحتاج إلى بيان، كما نصّت عليه:

(مادّة : ٧١٦) المرتهن له أن يفسخ الرهن وحده [١] .

أي: وإن لم يرضَ الراهن.

و(**مادّة : ٧١٧) ليس للراهن فسخ عقد الرهن بدون رضا المرتهن** [٢] .

فإذا رضي انفسخ؛ لأنّ الحقّ له وقد أسقطه، فيسقط قهراً حتّى مع عدم رضا الراهن.

أمّا لو اتّفقا معاً على الفسخ فبالطريق الأولى ينفسخ، كما في:

(مادّة : ٧١٨) إذا اتّفق الراهن والمرتهن لهما فسخ الرهن [٣] .

---

(١) وردت المادّة نصّاً في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١: ٣٩٤.

وورد: (المرتهن) بدل: (المرتهن له) في درر الحكّام ٢: ١٠١.

قارن: تكملة البحر الرائق ٨: ٢٦٢، الفتاوى الهندية ٥: ٤٦٥.

(٢) انظر: تكملة البحر الرائق ٨: ٢٦٢، الفتاوى الهندية ٥: ٤٦٢، حاشية ردّ المحتار ٦: ٥٠٨.

(٣) وردت المادّة في شرح المجلّة لسليم اللبناني (١: ٣٩٤) بصيغة:

(للراهن والمرتهن فسخ الرهن باتّفاقهما، ولكن للمرتهن حبس الرهن وإمساكه إلىٰ أن يستوفي ماله في ذمّة الراهن بعد الفسخ).

←

ولكن من الغريب قول (المجلّة) هنا :

وللمرتهن حبس الرهن وإمساكه إلى أن يستوفي طلبه من الراهن بعد الفسخ .

فإنّهما إذا اتّفقا على الفسخ ، وفسخ المرتهن الذي هو صاحب الحقّ ، فأيّ حقٍّ له في حبس الرهن بعد الفسخ ؟ وهل هذا إلاّ التناقض بعينه والتهافت بنفسه ؟! فتدبّرها جيّداً ، فإنّها نكراء .

ولازم صحّة الفسخ أن يردّ المرتهن العين المرهونة ـ لو كانت عنده ـ إلى الراهن ، ويحرم عليه إمساكها بعد الطلب ، ويكون ضامناً لو تلفت مطلقاً ، ولا يعقل أن يتوقّف الفسخ على التسليم وهو من آثاره ، فتدبّر .

(مادّة : ٧١٩) يجوز أن يعطي المكفول عنه رهناً لكفيله [1] .

هذا في كفالة المال ـ أي : الضمان ـ واضح ؛ لأنّ المكفول عنه مديون للكفيل بما كفل إذا كان بطلبه وإذنه .

أمّا في كفالة النفس فمشكل حتّى لو قلنا بصحّة ضمان العين ، فتأمّل .

(مادّة : ٧٢٠) يجوز أن يأخذ الدائنان من المديون رهناً إن كانا

← ووردت في درر الحكّام (٢ : ١٠٣) بصيغة :

(للراهن والمرتهن أن يفسخا عقد الرهن بالاتّفاق ، ولكن للمرتهن صلاحية بحبس وإمساك الرهن لبينما يستوفي مطلوبه المقابل ذلك الرهن) .

راجع المصادر المتقدّمة في الهامش السابق .

(١) لاحظ : مجمع الأنهر ٢ : ٥٨٤ ، الفتاوى الهندية ٥ : ٤٩٠ .

مشتركين في الدين أو لا . . . الخ [١] .

هذا المادّة وما بعدها التي هي عكسها [٢] مدركهما واحد ، وهو حصول التوثّق في كلا الصورتين ، وكان ينبغي جمعهما بمادّة واحدة في عبارة موجزة .

فيقال : يصحّ رهن العين الواحدة على ديون متعدّدة لواحد أو متعدّد ، كما يصحّ رهن الأشياء المتعدّدة على دين واحد أو متعدّد لواحد أو متعدّد .

فتفيد معاني كثيرة في عبارة يسيرة ، فتدبّر .

---

(١) وردت المادّة نصّاً في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٣٩٥.
ووردت في درر الحكّام (٢ : ١٠٥) بالصيغة التالية :
(يجوز أن يأخذ الدائنان رهناً من المدين الواحد سواء أكانا شريكين أم لا ، ويكون هذا الرهن مرهوناً مقابل مجموع الدينين) .
قارن : شرح فتح القدير ٦ : ١٠١ ـ ١٠٢ ، تبيين الحقائق ٦ : ٧٩ ، مجمع الأنهر ٢ : ٥٩٨ ، حاشية ردّ المحتار ٦ : ٤٩٨ ـ ٤٩٩ .

(٢) نصّ هذه المادّة ـ كما في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٣٩٦ ـ هو :
(يجوز لواحد أن يأخذ رهناً واحداً بدينه الذي على اثنين ، وهذا أيضاً يكون مرهوناً بمجموع الدينين) .
انظر : شرح فتح القدير ٦ : ١٠٢ ، مجمع الأنهر ٢ : ٥٩٨ ، حاشية ردّ المحتار ٦ : ٤٩٩ .

الباب الثالث

في بيان المسائل التي تتعلّق بالمرهون

وينقسم إلى فصلين



الفصل الأوّل

في

بيان مؤنة المرهون

(مادّة : ٧٢٢) على المرتهن أن يحفظ الرهن بنفسه ، أو بمن هو أمينه ، كعياله وشريكه وخادمه[١] .

كان اللازم أوّلاً بيان أنّ عقد الرهن ما الذي يقتضيه حسب طباعه وإطلاقه ؟ هل هو بقاء العين المرهونة عند الراهن أو المرتهن أو عند ثالث ، أو لا اقتضاء له في شيء من هذه الناحية بل يتّبع ما يتّفقان عليه ؟ وهذا هو الأصحّ .

ولا ينافيه اعتبار القبض عند الأكثر ؛ إذ لا ملازمة بين قبض المرتهن وبقائه عنده ، فإن اتّفقا ـ بعد قبضه وانعقاده على وجه ـ فهو ، وإن تشاحا رجعت القضية إلى حاكم الشرع ، فيضعه عند عدل مؤتمن ، وإن اتّفقا على وضعه عند المرتهن وجب عليه حفظه ، كما في المتن في هذه المادّة و :

(مادّة : ٧٢٣) المصارف التي تلزم لمحافظة الرهن ـ كأُجرة المحلّ

---

(١) وردت المادّة نصّاً في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٣٩٧ .

ووردت : (أو شريك أو خادمه) بدل : (وشريك وخادمه) في درر الحكّام ٢ : ١٠٨ .

راجع : بدائع الصنائع ٨ : ١٩٩ ، الفتاوى الهندية ٥ : ٤٥٥ ، حاشية ردّ المحتار ٦ : ٤٨٥ .

والناظر ـ على المرتهن [١] .

ولكن إنّما تلزم على المرتهن بالشرط ، وإلاّ فإطلاق العقد لا يقتضي ذلك ، بل الواجب عليهما أن يعيّنا ذلك .

وكون القبض لمصلحة لا يقتضي تعيين ذلك عليه ؛ ضرورة أنّ المصلحة مشتركة بينهما .

نعم ، الإطلاق يقتضي كون العلف وأُجرة الرعي إن كان حيواناً ـ كما في : **(مادّة : ٧٢٤)** [٢] ـ على الراهن .

---

(١) وردت المادّة نصّاً في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٣٩٩.

ووردت في درر الحكّام (٢ : ١١٠) بصيغة :

(المصرف المقتضي لأجل محافظة الرهن ـ كأجار المحلّ وأُجرة الناطور ـ عائد على المرتهن) .

والذي ذهب إليه جمهور الفقهاء هو : أنّ مؤنة المرهون على الراهن ، كعلف الحيوان وسقي الأشجار وجذاذ الثمار وتجفيفها وأُجرة مكان الحفظ والحارس ورعي الماشية وأُجرة الراعي ونحو ذلك .

لاحظ : بدائع الصنائع ٨ : ١٩٩ ، الاختيار ٢ : ٦٥ ، تبيين الحقائق ٦ : ٦٧ ، مجمع الأنهر ٢ : ٥٨٨ ، نهاية المحتاج ٤ : ٢٧٩ ، كشّاف القناع ٣ : ٣٣٩ ، حاشية القليوبي على شرح المنهاج ٢ : ٢٧٥ ، الفتاوى الهندية ٥ : ٤٥٥ ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٣ : ٢٥١ ، حاشية ردّ المحتار ٦ : ٤٨٧ ، المعتمد في فقه الإمام أحمد ١ : ٤٥٥ .

(٢) ونصّها ـ كما في درر الحكّام ٢ : ١١١ ـ هو :

(الرهن إن كان حيواناً فعلفه وأُجرة راعيه على الراهن ، وإن كان عقاراً فتعميره وسقيه وتلقيحه وتطهير خرقه وسائر مصاريفه التي هي لإصلاح منافعه وبقائه عائدة على الراهن أيضاً) .

قارن : بدائع الصنائع ٨ : ١٩٩ ، تبيين الحقائق ٦ : ٦٨ ، مجمع الأنهر ٢ : ٥٨٩ ، الفتاوى الهندية ٥ : ٤٥٤ ـ ٤٥٥ ، حاشية ردّ المحتار ٦ : ٤٨٧ .

وإن كان عقاراً فتعميره وسقيه وتلقيحه وتطهير خرقه وسائر مصارفه التي هي لإصلاح منافعه وبقائه عائدة إلى الراهن أيضاً .

فإن بذلها أو أذن المرتهن أن ينفقها استحقّ المرتهن الرجوع بها عليه ، وإن لم يأذن ولم يدفع استأذن المرتهن الحاكم وكان له حقّ الرجوع ، وإن أنفق بدون إذن الراهن ولا الحاكم كان متبرّعاً لا يستحقّ الرجوع على الراهن بشيء .

كما أنّ الراهن لو أنفق ما يجب على المرتهن بدون إذنه لا يستحقّ الرجوع به أيضاً ؛ لأنّه بحكم المتبرّع ، كما في :

(مادّة : ٧٢٥) كلّ من الراهن والمرتهن إذا صرف على الرهن ما ليس عليه بدون إذن الآخر يكون متبرّعاً ، وليس له أن يطالب الآخر بما صرفه [١] .

---

(١) ورد : (أنفق) بدل : (صرف) ، و : (أنفق) بدل : (صرفه) في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٣٩٩ .

ووردت المادّة في درر الحكّام (٢ : ١١٢) بصيغة :

(إذا أوفى الراهن أو المرتهن المصروف العائد على الآخر من تلقاء نفسه يكون متبرّعاً ، وليس له بعدئذٍ أن يطالب به) .

انظر : تبيين الحقائق ٦ : ٦٨ ، مجمع الأنهر ٢ : ٥٩٠ ، الفتاوى الهندية ٥ : ٤٥٥ ، حاشية ردّ المحتار ٦ : ٤٨٧ .

الفصل الثاني

في الرهن المستعار

(مادّة : ٧٢٦) يجوز أن يستعير أحد مال آخر ويرهنه بإذنه ، ويقال لهذا : الرهن المستعار [١] .

تقدّم في (الجزء الأوّل) التعرّض لهذه القضية وأنّها من معضلات فنّ الفقه [٢] ؛ إذ كيف يرهن إنسان على دينه مال غيره مع أنّه : (لا رهن إلاّ في ملك) ؟ !

ثمّ كيف ـ بعد ذلك ـ يباع مال إنسان قهراً عليه ويوفّى به دين غيره ؟ !

وكيف يدخل العوض في ملك غير من خرج منه المعوّض ؟ !

ثمّ إنّ العارية بطبيعتها عقد جائز للمعير أن يرجع بها متى شاء ، فكيف صارت هنا لازمة لا يقتدر المالك على الرجوع بها إلاّ بأداء الدين وهو غير مستدين ؟ !

---

(١) ورد : (واحد) بدل : (أحد) في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٤٠٠.

ووردت المادّة في درر الحكّام (٢ : ١١٥) بصيغة :

(يجوز لشخص أن يستعير مال غيره ويرهنه بإذنه ، ويقال له : رهن المستعار) .

راجع : بدائع الصنائع ٨ : ١٤٣ ، المغني ٤ : ٣٨٠ ، تبيين الحقائق ٦ : ٨٨ ، مجمع الأنهر ٢ : ٦٠٧ ، الفتاوى الهندية ٥ : ٤٨٦ ، حاشية ردّ المحتار ٦ : ٥١٣ .

(٢) تقدّم في ج ١ ص ٢٢١ ـ ٢٢٢ .

فالحكم بصحّة الرهن هنا تحتاج إلى علاج كلّ هذه المخالفات المنافية للقواعد الأساسية ومحكمات الفقه .

وقد سبق البحث في بعض هذه الجهات ، وسيأتي كثير من أحكام الرهن المستعار في الفصل الثاني [١] ، وكان اللازم ذكرها أجمع في هذا الفصل .

وكيف كان ، فلا ريب أنّ الرهن المستعار تابع سعةً وضيقاً لإجازة المالك ومقدار رخصته في الإطلاق والتقييد .

فلو قيّد أن يرهنه في زمن معيّن أو على مقدار معيّن أو شخص معيّن يلزم الراهن الاقتصار على محلّ الرخصة ، فلو تجاوز بطل الرهن ، وإن أطلق المالك كان للراهن أن يرهنه كيف شاء ، كما نصّت على ذلك : **(مادّتا : ٧٢٧ و ٧٢٨)** [٢] .

وكان ينبغي (للمجلّة) التنبيه على أنّ المستعير لو تجاوز موضع الإذن وتلف المال عنده أو عند المرتهن ضمنه للمعير مطلقاً ، وإلاّ فلا ضمان إلاّ مع التعدّي .

---

(١) سيأتي في ص ٣٧٣ ـ ٣٧٤ و ٣٧٧ و ٣٧٨ .

(٢) نصّ **(مادّة : ٧٢٧)** ـ على ما في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٤٠٠ ـ هو :

(إن كان إذن صاحب المال مطلقاً فللمستعير أن يرهنه بأيّ وجه شاء) .

ونصّ (مادّة : ٧٢٨) ـ على ما في درر الحكّام ٢ : ١١٧ ـ هو :

(إذا أذن صاحب المال بالرهن مقابل كذا مقداراً من القروش ، أو في مقابلة ما في جنسه كذا ، أو للرجل الفلاني ، أو في البلدة الفلانية ، فليس للمستعير أن يرهن إلاّ بصورة موافقة للقيد والشرط) .

لاحظ : تبيين الحقائق ٦ : ٨٨ ، مجمع الأنهر ٢ : ٦٠٧ ، الفتاوى الهندية ٥ : ٤٨٦ ، حاشية ردّ المحتار ٥ : ٥١٣ .



الباب الرابع

في بيان أحكام الرهن

وينقسم إلى أربعة فصول



الفصل الأوّل

[في أحكام الرهن العموميّة]

(مادّة : ٧٢٩) حكم الرهن هو أن يكون للمرتهن حقّ حبسه إلى حين فكّه ، وأن يكون أحقّ من سائر الغرماء باستيفاء الدين من الرهن إذا توفّى الراهن [١] .

إذا تمّ عقد الرهن تترتّب عليه عدّة أحكام تكليفية ووضعية :

أمّا التكليفية فمثل : حرمة تصرّف كلٍّ من الراهن والمرتهن بالعين المرهونة مطلقاً ، إلاّ [في] ما يعود إلى حفظ العين ، كسقي الدابّة وعلفها ، ونقل المتاع من محلٍّ إلى آخر أحفظ ، وأمثال ذلك .

أمّا الوضعية فهي كثيرة :

(منها) : حقّ حبس العين على الراهن ومنعه من التصرّف في ملكه إلاّ برضا المرتهن .

وليس معنى الحبس أن يحبسها المرتهن عنده ، فإنّ ذلك ليس من

---

(١) وردت المادّة نصّاً في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٤٠٢ .

وورد : (حبس الرهن) بدل : (حبسه) ، و : (لحين) بدل : (إلى حين) ، ولم يرد لفظ (هو) في درر الحكّام ٢ : ١٢٣ .

قارن : بدائع الصنائع ٨ : ١٧٣ و ٢٠٥ ، الفتاوى الهندية ٥ : ٤٥٦ ، اللباب ٢ : ٥٨ .

مقتضيات الرهن ، بل المراد : حبس المالك عن التصرّف ، فلا يصحّ بيعه ولا إيجاره ولا رهنه ثانياً ولا هبته إلاّ برضا المرتهن .

و(**منها**) : أنّ الراهن لو فلّسه الحاكم فالمرتهن لا يضرب مع الغرماء كاملاً ، فإن زاد منه شيء ردّه إلى بقية الغرماء ، وإن نقص ضرب معهم في بقية الأموال .

و(**منها**) : أنّه لو مات الراهن ، فإن فكّ الورثة الرهن ، وإلاّ كان المرتهن أحقّ به من سائر الغرماء سواء قصرت التركة عن الديون أم لا .

و(**منها**) : أنّه لو امتنع الراهن عن وفاء الدين كان للمرتهن أن يرفع أمره إلى الحاكم ، فيُلغي المرهون ويدفع له دينه ويدفع الباقي للراهن إن بقي شيء سواء كان الامتناع عن عجز أو مماطلة .

ومن هذا البيان تعرف خلل عبارة (المجلّة) وقصورها عن الوفاء بما يجب في هذا البحث .

(مادّة : ٧٣٠) لا يكون الرهن مانعاً عن مطالبة الدين ، وللمرتهن صلاحية مطالبته بعد قبض الرهن أيضاً [(١)] .

الرهن لا يغيّر الدين ولا يبدّله ولا يقدّمه ولا يوخّره ، فهو على حاله إن كان

---

(١) ورد : (المطالبة بالدين) بدل : (مطالبة الدين) ، و : (أن يطالب الراهن بدينه) بدل : (صلاحية مطالبته) في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٤٠٦.

ووردت المادّة في درر الحكّام (٢ : ١٢٥) بصيغة :

(لا يكون الرهن مانعاً للمطالبة بالدين ، حتّى إنّه بعد قبض الرهن أيضاً فصلاحية المرتهن في مطالبة الراهن باقية) .

انظر الكفاية للخوارزمي ٩ : ٧٧ ـ ٧٨.

مؤجّلاً فمؤجّل وإن كان معجّلاً فمعجّل .

وله المطالبة بدينه عند حلول أجله ، ولا يمنعه وجود الرهن من ذلك .

(مادّة : ٧٣١) إذا أوفى مقداراً من الدين لا يلزم ردّ مقدار من الرهن الذي هو في مقابله ، وللمرتهن صلاحية حبس مجموع الرهن وإمساكه إلى أن يستوفي تمام الدين [١] .

نسبة الرهن إلى الدين تتصوّر على أنحاء يمكن أن يكون قصد المتراهنين متّجهاً إلى واحد منها :

الأوّل : نحو مقابلة المجموع بالمجموع .

ولازم هذا أن يفكّ تمام الرهن بأداء جزء من الدين ولو [كان] قليلاً .

الثاني : أن يكون على نحو مقابلة الجميع بالجميع التي تقتضي التوزيع .

ولازم هذا أنّه كلّما أدّى جزءاً انفكّ من الرهن بمقداره .

الثالث : أن يكون بنحو مقابلة الكل بالجزء .

---

(١) ورد : **(ما يقابله من الرهن)** بدل : **(مقدار من الرهن الذي هو في مقابله)** ، ولم ترد كلمة : (صلاحية) في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٤٠٦ .

ووردت المادّة في درر الحكّام (٢ : ١٢٧) بهذه الصيغة :

(إذا قضىٰ مقداراً من الدين لا يلزم ردّ مقدار من الرهن مقابل ذلك ، وللمرتهن الحقّ بحبس الرهن وإمساكه إلى أن يستوفي بقية الدين تماماً .

لكن إذا رهن شيئين وتعيّن لكلّ واحد منهما مقدار من الدين ، فعند أداء المقدار المعيّن لأحدهما فللراهن أن يستخلصه وحده) .

راجع : المغني ٤ : ٣٩٩ ، الاختيار ٢ : ٦٨ ، تكملة شرح فتح القدير ٩ : ١٠١ ـ ١٠٢ ، الفتاوى الهندية ٥ : ٤٣٦ و ٤٥٦ .

وهذا عكس الأوّل ، فإنّ لازمه أن يبقى تمام الرهن محبوساً إلى أداء تمام الدين ، فلو أدّى تمام الدين عدا جزء يسير منه بقي الرهن بتمامه على الجزء ، وهو الذي ذكرته (المجلّة) .

والأصحّ أن يقال : إنّه إذا ظهر من قصد الراهنين أحد تلك المعاني تعيّن ، وإلاّ ـ أي : مع الإطلاق ـ فالقاعدة تقتضي الوسط على القاعدة المعروفة عندهم من : (أنّ مقابلة الجمع بالجمع تقتضي التوزيع) [1] ، ولكنّ المشهور عندنا [2] ـ على الظاهر ـ هو النحو الأخير المختار (للمجلّة) .

ولعلّ مدركهم أنّه ألصق بالتوثّق والاحتياط لاسترداد الدين .

وهو وإن كان كذلك ، ولكنّ تعيين هذا النحو من التوثّق يحتاج إلى معيّن ، وهو مفقود ، فليتدبّر .

نعم ، لا إشكال في ما لو كان عليه دينان ولكلّ منهما رهن ، فإن دفع دين أحدهما انفكّ ما يقابله من الرهن وبقي الآخر ، كما ذكرته بقولها :

ولكن لو كان المرهون شيئين ، وكان تعيّن لكلٍّ منهما مقدار من الدين إذا أدّى مقدار ما تعيّن لأحدهما ، فللراهن تخليص ذلك فقط .

(مادّة : ٧٣٢) لصاحب الرهن المستعار أن يؤاخذ الراهن المستعير لتخليصه وتسليمه إيّاه .

وإذا كان المستعير عاجزاً عن أداء الدين لفقره فللمعير أن يؤدّي ذلك

---

(١) لاحظ الاختيار ٢ : ٦٨ .

(٢) أشبع الموضوع بحثاً في الجواهر ٢٥ : ١٥٤ وما بعدها .

الدين ويستخلص ماله من الرهن [١] .

يعني : لا حقّ له باسترداد الرهن من المرتهن ، إلاّ بأن يؤدّي الدين هو أو المستعير أو متبرّع ، وبهذا خرجت هذه العارية عن بابها .

وإذا أدّى المعير الدين لتخليص ماله رجع به على المستعير قطعاً .

وكان من حقّ التحرير وضع هذه المادّة و : (**مادّة : ٧٣٥ و ٧٣٦ و٧٣٧**) [٢] في الفصل المتقدّم المعقود لأحكام (الرهن المستعار) ،

---

(١) وردت المادّة نصّاً في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٤٠٦ ـ ٤٠٧ .

وورد : (لتخليص الرهن) بدل : (لتخليصه) ، و : (**بسبب فقره للمعير أن يفيه ويخلّص ماله**) بدل : (**لفقره فللمعير أن يؤدّي ذلك الدين ويستخلص ماله من الرهن**) في درر الحكّام ٢ : ١٢٩ .

انظر : مجمع الأنهر ٢ : ٦٠٧ ، الفتاوى الهندية ٥ : ٤٨٦ .

(٢) نصّ (**مادّة : ٧٣٥**) ـ على ما في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٤٠٨ ـ هو :

(**ليس للمعير أن يستردّ ماله من المرتهن ما لم يؤدّ الدين الذي هو في مقابلة الرهن المستعار سواء كان الراهن المستعير حيّاً أو كان قد مات قبل فكّ الرهن**) .

قارن : مجمع الأنهر ٢ : ٦٠٧ ، الفتاوى الهندية ٥ : ٤٨٧ .

ونصّ (**مادّة : ٧٣٦**) ـ على ما في درر الحكّام ٢ : ١٣٤ ـ هو :

(**إذا توفّي الراهن المستعير وهو مدين مفلّس يبقىٰ الرهن المستعار على حاله مرهوناً ، إلاّ أنّه لا يباع بدون رضا المعير .**

ومتىٰ أراد المعير بيع الرهن ، فإن كان ثمنه يكفي لأداء الدين يباع بدون أن يلتفت إلىٰ رضا المرتهن ، وإن كان لا يكفي لقضاء الدين لا يباع ما لم يرضَ المرتهن) .

انظر : مجمع الأنهر ٢ : ٦٠٦ ، الفتاوى الهندية ٥ : ٤٨٧ ـ ٤٨٨ ، حاشية ردّ المحتار ٥ : ٥١٦ .

ونصّ (**مادّة : ٧٣٧**) ـ على ما في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٤٠٩ ـ هو :

(**لو توفّي المعير ودينه أكثر من تركته يؤمر الراهن بتأدية دينه وتخليص الرهن المستعار .**

وإن كان عاجزاً عن تأدية الدين بسبب فقره يبقىٰ ذلك الرهن المستعار عند المرتهن مرهوناً على

←

وإقحامها في هذا الفصل ـ مع عدم الربط والمناسبة ـ خلل ظاهر .

وكيف كان ، فهذا الأثر أيضاً من الأوضاع التي خالفت الأُصول والقواعد التي أشرنا إليها سابقاً [(١)] .

وهذه القضية وذيولها هي والتبرّع بوفاء دين الغير شعبتان من شجن [(٢)] واحد ، ومن التأمّل في تخريج وجهه يستخرج وجه تطبيقهما جميعاً على القواعد ، فاستخرجها بفكرك الثاقب ونظرك الدقيق ، وبالله التوفيق .

(مادّة : ٧٣٣) لا يبطل الرهن بوفاة الراهن والمرتهن [(٣)] .

بل ينتقل حقّ الرهن وحبس العين إلى ورثة المرتهن . كما ينتقل الدين من ذمّة الراهن إلى تركته ، فيجب على الوصي والورثة إمّا فكّها بأداء الدين من تركته ، أو دفع التركة إلى المرتهن الدائن ، وإن كان الوارث صغيراً فوليّه ، وإن كان غائباً كبيراً فالحكم إن لم يمكن حضوره أو توكيله .

← **حاله ، ولكن لورثة المعير أداء الدين وتخليصه .**

وإذا طلب غرماء المعير بيع الرهن فإن كان ثمنه يفي الدين يباع من دون نظر إلىٰ رضا المرتهن ، وإن كان لا يفي فلا يباع بدون رضاه) .

راجع : الفتاوى الهندية ٥ : ٤٨٨ ، حاشية ردّ المحتار ٥ : ٥١٦ .

(١) تقدّمت الإشارة إليها في ص ٣٦٥ .

(٢) الشَّجْن : واحد شجون الأودية ، و هي طرقها . (الصحاح ٥ : ٢١٤٣) .

ويأتي كذلك بمعنىٰ : الغصن المشتبك . لاحظ لسان العرب ٧ : ٣٩ .

(٣) هذا عليه جمهور الفقهاء باستثناء المالكيّة وأبي إسحاق المروزي من الشافعيّة .

راجع : بدائع الصنائع ٨ : ١٩٨ ، الهداية للمرغيناني ٤ : ١٥٤ ، المغني ٤ : ٣٦٩ ، فتح العزيز ١٠ : ٧٦ ، المجموع ١٣ : ١٩٢ ، الاختيار ٢ : ٧١ ، البحر الزخّار ٥ : ١١٢ ـ ١١٣ ، مغني المحتاج ٢ : ١٢٩ ، شرح الزرقاني على الموطّأ ٥ : ٢٤٢ ، الفتاوى الهندية ٥ : ٤٣٣ و ٤٣٩ ، حاشية ردّ المحتار ٦ : ٥٢٠ .

وممّا ذكرنا يظهر الخلل في :

(مادّة : ٧٣٤) إذا توفّي الراهن فإن كان وارثه كبيراً يلزمه تأدية الدين من التركة وتخليص الرهن ، وإن كان صغيراً أو كبيراً غائباً بغيبة بعيدة فالوصي يأذن للمرتهن ببيع الرهن ، ويوفّي الدين من ثمنه [١] .

بل الوصي وقيّم الصغير أو الحاكم يتولّون بيع الرهن بإذن المرتهن ، ووفاء الدين منه .

و(**مادّة : ٧٣٥**) [٢] تقدّم مضمونها في طي (**مادّة : ٧٣٢**) ، وحاصله : أنّ المعير لا حقّ له بأخذ الرهن إلاّ بعد وصول دين المرتهن إليه سواء كان المستعير الراهن حيّاً أو ميّتاً ، ولكن لا يجبر على أداء الدين ؛ لأنّ الإنسان لا يجبر على أداء دين غيره ، وإنّما يجبر المستعير المديون .

فلو كان عاجزاً فقيراً تحرّجت المسألة كثيراً ، ولا مناص من الحكم بأنّ الرهن يبقى عند المرتهن ، فإمّا أن يخلّصه المالك المعير بأداء الدين

---

(١) وردت المادّة في شرح المجلّة لسليم اللبناني (١ : ٤٠٧) بالصيغة التالية :

(إذا توفّي الراهن فإن كان الورثة كباراً قاموا مقامه ويلزمهم أداء الدين من التركة وتخليص الرهن ، وإن كانوا صغاراً أو كباراً إلاّ أنّهم غائبون في بلدة بعيدة مدّة السفر فالوصي يبيع الرهن بإذن المرتهن ويوفّي الدين من ثمنه) .

ووردت في درر الحكّام (٢ : ١٣٣) بالصيغة الآتية :

(إذا توفّي الراهن وكانت ورثته كباراً قاموا مقامه ووجب عليهم أداء الدين تماماً من التركة وتخليص الرهن ، وإن كانوا صغاراً أو كباراً غائبين في محلٍّ بعيد مدّة السفر فيبيع وصيه الرهن بإذن المرتهن ، ويؤدّي الدين من ثمنه) .

لاحظ : الفتاوى الهندية ٥ : ٤٣٩ ، حاشية ردّ المحتار ٦ : ٥٢٠ .

(٢) تقدّمت الإشارة إلى نصّها ومصادرها قريباً ، فراجع .

باختياره ، أو يرفع المرتهن أمره إلى الحاكم ، فيبيعه لوفاء الدين بمراجعة المعير المالك .

(مادّة : ٧٣٦) لو توفّى الراهن المستعير حال كونه مفلّساً مديوناً يبقى الرهن المستعار في يد المرتهن على حاله مرهوناً ، ولكن لا يباع بدون رضا المعير .

وإذا أراد المعير بيع الرهن وإيفاء الدين ، فإن كان ثمنه يوفّي الدين فيباع من دون نظر إلى رضا المرتهن ، وإن كان ثمنه لا يوفّي الدين فلا يباع من دون رضا المرتهن (١) .

قد تكرّر بيان أنّ التصرّف في العين المرهونة لا يجوز إلاّ برضا الراهن والمرتهن (٢) .

ويزيد هنا أنّه لا بدّ أيضاً من رضا المالك المعير وإذنه ؛ لأنّ العين لا تزال في ملكه ، وإن كان للمرتهن حقّ فيها ، أمّا لو توفّى الراهن المستعير مفلّساً انحصر الأمر بين المعير والمرتهن ، فلا بدّ من رضاهما معاً سواء كان الرهن يوفي أم لا ، فقول (المجلّة) : (**فيباع من دون نظر إلى رضا المرتهن**) غير سديد .

(مادّة : ٧٣٧) لو توفّى المعير ودينه أزيد من تركته يؤمر الراهن بتأدية دينه وتخليص الرهن المستعار .

أي : يأمره حاكم الشرع .

---

(١) تقدّمت الإشارة إلى مصادر هذه المادّة سابقاً ، فراجع .

(٢) وذلك في ص ٣٧٠.

وإن كان عاجزاً عن تأدية الدين بسبب فقره يبقى ذلك الرهن المستعار عند المرتهن مرهوناً على حاله ، ولكن لورثة المعير أداء الدين وتخليصه .

وإذا طالب غرماء المعير بيع الرهن ، فإن كان ثمنه يوفّي الدين يباع من دون نظر إلى رضا المرتهن ، وإن كان لا يوفّي فلا يباع بدون رضاه [١] .

في هذا الفرض تصبح العين متعلّقاً لجملة حقوق : حقّ المالك المعير الذي انتقل إلى غرمائه ، وحقّ الورثة ، وحقّ المرتهن .

وطريق التخلّص ـ بعد عجز الراهن ـ : أن يخيّر الورثة بين دفع الدين وتخليص العين ، وبين بيعها وأداء الدين من ثمنها ، فإن زاد من الثمن شيء يدفع إلى الغرماء ، أو يتقبّلوها بقيمتها ويدفعون حقّ المرتهن ، فإن زاد فللغرماء .

هذا بناءً على ما هو الأصحّ عندنا من أنّ أعيان التركة تنتقل إلى الورثة ، ولكن محجور عليها بحقّ الغرماء ، فتشبه العين المرهونة .

أمّا (**مادّة : ٧٣٨ و ٧٣٩ و ٧٤٠**) [٢] فهي ـ مع أنّها تقدّمت [بمضامينها]ـ

---

(١) تقدّمت الإشارة إلى مصادر المادّة في الهامش الأوّل من ص ٣١٢.

(٢) نصوص هذه المواد ـ على ما في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٤٠٩ و ٤١٠ ـ كما يلي :

(مادّة : ٧٣٨) إذا توفّي المرتهن فالرهن يبقىٰ مرهوناً عند ورثته .

(مادّة : ٧٣٩) إذا أعطىٰ واحد لاثنين رهناً بدينهما وقضىٰ دين أحدهما فليس له استرداد نصف الرهن ، وما لم يقضهما جميع ما لهما بذمّته ليس له تخليص الرهن منهما .

(مادّة : ٧٤٠) من أخذ من مديونيه رهناً فله أن يمسك الرهن إلى أن يستوفي جميع ماله في

←

في غاية الوضوح لا تحتاج إلى أيّ تعليق .

وأمّا (**مادّتا : ٧٤١ و ٧٤٢**) [1] فالمقصود منهما بيان حكم تلف العين المرهونة ، فهي خداج [2] لم تستوف صور التلف كلّها .

وتحرير هذا البحث بوجه جامع : أنّ تلف العين المرهونة إمّا أن يكون سماوياً أو بشرياً ، والتلف السماوي لا محالة يوجب بطلان الرهن ؛ لزوال موضوعه ، ولا يلزم الراهن شيء ، ويبقى الدين طلقاً بلا رهن .

وأمّا الثاني ، فالمتلف إمّا الراهن أو المرتهن أو أجنبي .

فإن كان هو الراهن وجب عليه غرامة المثل أو القيمة ؛ ليكون رهناً في

← **الدين بذمّتهما .**

وقد تقدّمت الإشارة إلى مصادر المادّة الأُولى في ص ٣٧٥ (الهامش الثالث) ، وإلى مصادر المادّة الثانية في ص ٣٥٨ (الهامش الأوّل) ، وإلى مصادر المادّة الأخيرة في ص ٣٥٨ (الهامش الثاني) ، فراجع .

(١) نصّ هاتين المادّتين ـ على ما في درر الحكّام ٢ : ١٣٧ و ١٤٩ ـ كمايلي :

(مادّة : ٧٤١) إذا أهلك الراهن الرهن أو أحدث فيه عيباً لزمه الضمان ، وإذا أهلكه المرتهن أو أحدث فيه عيباً سقط من الدين بمقدار قيمته .

(مادّة : ٧٤٢) إذا أتلف آخر الرهن يعطي قيمته يوم الإتلاف ، وتكون تلك القيمة رهناً عند المرتهن .

وللمادّة الأُولى قارن : تبيين الحقائق ٦ : ٩٠ ، مجمع الأنهر ٢ : ٦٠٨ ، تكملة شرح فتح القدير ٩ : ١٢١ ، تكملة البحر الرائق ٨ : ٢٧٠ ، الفتاوى الهندية ٥ : ٤٤٧ ، حاشية ردّ المحتار ٦ : ٥١٦ .

وللمادّة الثانية راجع : المبسوط للسرخسي ٢١ : ١٨٥ ، تبيين الحقائق ٦ : ٨٧ ، مجمع الأنهر ٢ : ٦٠٥ ، تكملة البحر الرائق ٨ : ٢٦٧ ، حاشية ردّ المحتار ٦ : ٥١٠ .

(٢) الخداج : النقصان ، وأصل ذلك من خداج الناقة إذا ولدت ولداً ناقص الخَلق أو لغير تمام . (لسان العرب ٤ : ٣٣) .

مكان الرهن الذي أتلفه .

وإن كان هو المرتهن فالغرامة عليه ، ومقتضى القاعدة أن يدفع المثل أو القيمة ؛ ليكون رهناً ، ولكنّهم حكموا هنا بأنّه يسقط منه بمقدار دينه ، وكأنّهم جعلوه من أسباب التهاتر .

وهو ـ مع كونه من جنس الدين ـ ليس بالبعيد ، وفي صورة الاختلاف مشكل ، إلاّ مع التراضي .

أمّا لو كان المتلف أجنبياً فلا إشكال في الغرامة ، وتكون قيمته رهناً .

الفصل الثاني

في

تصرّف الراهن والمرتهن في الرهن

(مادّة : ٧٤٣) يبطل رهن الخارج الرهن بدون إذن الراهن والمرتهن عند غيره [١] .

لعلّ في النسخة غلطاً ، وإلاّ فالعبارة ـ كما ترى ـ مشوّهة الخلقة مع شديد التعقيد .

ولعلّ المراد : أنّ رهن كلّ واحد من الراهن والمرتهن العين المرهونة عند ثالث باطل إلاّ برضاهما معاً ، أو : أنّ رهن الأجنبي العين المرهونة باطل إلاّ بإذنهما .

والأوّل أنسب بالفصل المعقود لتصرّف الراهن والمرتهن ، لا لتصرّف الأجنبي .

---

(١) وردت المادّة في شرح المجلّة لسليم اللبناني (١ : ٤١١) بصيغة :

(إذا رهن الراهن أو المرتهن المرهون عند غيره بدون إذن الآخر فرهنه باطل) .

ووردت في درر الحكّام (٢ : ١٥٢) بصيغة :

(رهن الراهن أو المرتهن الرهن لشخص آخر بدون إذن الثاني باطل) .

انظر : البناية في شرح الهداية ١٢ : ٢٣ ، مجمع الأنهر ٢ : ٦٠٣ ، الفتاوى الهندية ٥ : ٤٦٥ ، حاشية ردّ المحتار ٦ : ٥٠٨ .

وكيف كان ، فقد مرّ مكرّراً أنّ الراهن والمرتهن ممنوعان من مطلق التصرّف في العين المرهونة سواء التصرّفات الناقلة كالبيع والهبة أو غير الناقلة كاللباس والسكنى [١] .

أمّا التصرّفات الاستغلالية ـ كالإجارة وبيع الثمرة وجمع الحليب والصوف وأمثالهما ـ فلا ينبغي الإشكال في جوازها ، كما ربّما يظهر من كلمات الفقهاء [٢] ، ولكن تعود القيمة رهناً مع الأصل .

ومن جملة التصرّفات : رهن العين المرهونة عند ثالث ، فإنّه لا يجوز إلاّ باتّفاقهما .

وتحرير المسألة : أنّ الراهن ـ أي : المستدين ثانياً ـ إمّا أن يكون هو المالك ، أي : الراهن الأوّل .

وهذا لا مانع منه ، فإنّه كما لو رهن العين الواحدة ابتداءً عند شخصين على دينين ، فيشتركان في أنّ لكلٍّ من المرتهنين بل الأكثر حقّ الاستيفاء من العين إمّا عرضاً أو مرتّبين الأوّل فالأوّل .

وإمّا أن يكون الراهن هو المرتهن على دين له .

وهذا أيضاً لا مانع منه مع الإذن ، ويكون من باب الرهن المستعار ، ويشترك المرتهن الأوّل والثاني فيهما .

ومثله : ما لو كان الراهن أجنبياً بإذنهما على دين له .

---

(١) مرّ في ج ١ ص ٢٤٥ ، وكذلك في هذا الجزء ص ٣٧٠ و ٣٧٧ .

(٢) لاحظ : الحدائق ٢٠ : ٢٦١ ، الجواهر ٢٥ : ١٩٦ و ١٩٨ ـ ١٩٩ .

ثمّ المرتهن إمّا أن يكون هو المالك، أي: الراهن.

وهذا ممّا لا معنى له أصلاً؛ إذ لا يعقل رهن المال عند مالكه.

وإمّا أن يكون هو المرتهن الأوّل.

وهذا معقول أيضاً، ويكون كرهن العين الواحدة على دينين عند واحد.

ومثله: ما لو كان المرتهن أجنبياً، ويكون كرهن العين الواحدة عند شخصين على دينين.

ومن جميع ذلك تعرف فساد ما في:

(مادّة: ٧٤٤) إذا رهن الراهن الرهن بإذن المرتهن عند غيره يصحّ الرهن الثاني ويبطل الرهن الأوّل [١].

بل يصحّان معاً؛ لعدم التزاحم بينهما سيّما مع سعة العين لكلا الدينين، ومع عدم السعة فيحتمل تقديم الأوّل أو تقديم الثاني أو التوزيع بالنسبة.

كفساد:

(مادّة: ٧٤٥) إذا رهن المرتهن الرهن بإذن الراهن عند الغير يبطل

---

(١) وردت عبارة: (**صار الرهن الأوّل باطلاً والثاني صحيحاً**) بدل: (**يصحّ الرهن الثاني ويبطل الرهن الأوّل**) في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١: ٤١٢.

ووردت المادّة في درر الحكّام (٢: ١٥٣) بالصيغة الآتية:

(**إذا رهن الرهن عند آخر بإذن المرتهن يبطل الرهن الأوّل ويصير الرهن الثاني صحيحاً**).

قارن: البناية في شرح الهداية ١٢: ٢٣ ـ ٢٤، مجمع الأنهر ٢: ٦٠٣، الفتاوى الهندية ٥: ٤٦٢، حاشية ردّ المحتار ٦: ٥٠٨.

الرهن الأوّل ويصحّ الثاني ، ويكون من قبيل الرهن المستعار [(١)] .

بل يصحّان معاً ، فإن فكّ الراهن الأوّل ألزم المرتهن الأوّل بفكّه ، وإلاّ جرت عليه أحكام الرهن المستعار المتقدّمة ، وإلاّ فالمرتهن الأوّل يسدّ من دينه حقّ المرتهن الثاني عليه ، فإن زاد ردّه إلى المالك ، وهو الراهن الأوّل .

ثمّ إنّ مقتضى توقّف تصرّف كلٍّ منهما على إجازة الآخر أنّه لو باع الراهن فإن أجاز المرتهن نفذ وبقي الثمن رهناً ، وإن ردّ فالمشتري مخيّر بين الصبر إلى فكّ الرهن وبين الفسخ فعلاً ، إلاّ أن يدفع الدين فينفذ .

وإن باع المرتهن فأجاز الراهن كان الثمن أيضاً رهناً ، وإن ردّ بطل .

وهذا خلاصة ما ذكرته (المجلّة) في : **(مادّة : ٧٤٦)** و **(مادّة : ٧٤٧)** [(٢)] زيادةً واختصاراً .

---

(١) ورد : (آخر) بدل : (الغير) ، و : (بطل) بدل : (يبطل) ، و : (صحّ الرهن) بدل : (يصحّ) في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٤١٢ .

ووردت عبارة : (**يصير الرهن الأوّل باطلاً**) بدل عبارة : (**عند الغير يبطل الرهن الأوّل ويصحّ الثاني ، ويكون من قبيل الرهن المستعار**) في درر الحكّام ٢ : ١٥٣ .

راجع : مجمع الأنهر ٢ : ٦٠٣ ـ ٦٠٤ ، الفتاوى الهندية ٥ : ٤٦٥ ، حاشية ردّ المحتار ٦ : ٥٠٨ .

(٢) نصّ (**مادّة : ٧٤٦**) ـ على ما في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٤١٢ ـ هو :

(لو باع المرتهن الرهن بدون رضا الراهن كان الراهن مخيّراً إن شاء فسخ البيع ، وإن شاء نفذه بالإجازة) .

لاحظ : الفتاوى الهندية ٥ : ٤٦٤ ، حاشية ردّ المحتار ٦ : ٥٠٨ .

ونصّ (**مادّة : ٧٤٧**) ـ على ما في درر الحكّام ٢ : ١٥٥ ـ هو :

(إذا باع الراهن الرهن بدون رضا المرتهن لا يكون بيعه نافذاً ، ولا يطرأ خلل على حقّ حبس المرتهن ، بيد أنّه إذا قضي الدين يصير البيع نافذاً .

←

وكما يصحّ البيع برضاهما تصحّ العارية أيضاً ، بل وغيرهما من المعاملات التعاوضية .

أمّا المجّانية ـ كالهبة ـ فهي إبطال للرهن بلا ريب .

وكما يصحّ إعارته برضاهما للأجنبي ، كذلك يصحّ أن يعيره أحدهما للآخر .

ومعنى العارية هنا إباحة الانتفاع أو تمليك المنافع ، فإنّ كلاً منهما ممنوع منه بدون رضا الآخر ، كما سبق في :

(مادّة : ٧٤٨) لكلٍّ من الراهن والمرتهن إعارة الرهن بإذن صاحبه [1] .

ولكن إعارته لا تبطل رهينته حتّى يحتاج إلى إعارته إلى الرهينة .

فلا محلّ لقول (المجلّة) : **(ولكلٍّ منهما إعادته إلى رهينته بعد ذلك)** .

← **وإذا أجاز المرتهن ذلك البيع يصير نافذاً ، ويخرج الرهن من الرهنية ، ويبقىٰ الدين على حاله ، يصير ثمن المبيع رهناً مقام المبيع .**
وإذا لم يجزه المرتهن فالمشتري مخيّر إن شاء تربص لحين فكّ الرهن ، وإن شاء راجع الحاكم وفسخ البيع بمعرفته) .
راجع : البناية في شرح الهداية ١٢ : ٢٠ ـ ٢١ و٢٢ ، مجمع الأنهر ٢ : ٦٠٤ ، حاشية ردّ المحتار ٦ : ٥٠٨ ، اللباب ٢ : ٥٩ .

(١) ورد : (**أن يعيده إلى الرهنية**) بدل : (**إعادته إلىٰ رهينته**) في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٤١٤ .
ووردت المادّة في درر الحكّام (٢ : ١٥٩) بلفظ :
(لكلٍّ من الراهن والمرتهن أن يعير الرهن بإذن رفيقه إلىٰ شخص آخر ، ولكلٍّ منهما أن يعيده إلىٰ الرهنية بعده) .
انظر : مجمع الأنهر ٢ : ٦٠٦ ، تكملة شرح فتح القدير ٩ : ١١٦ ، حاشية ردّ المحتار ٦ : ٥١١ .

بل لا معنى لهذا الكلام أصلاً ، كما لا يخفى على المتأمّل .

كما أنّ قولها في :

(مادّة : ٧٤٩) للمرتهن أن يعير الرهن للراهن .

وبهذه الصورة لو توفّى الراهن فالمرتهن يكون أحقّ بالرهن من سائر غرماء الراهن [١]

فإنّ هذا الكلام مستدرك ؛ إذ العارية لم تبطل الرهن ، ولا اختصاص لهذه الصورة بالحكم المذكور ، بل في جميع صور الرهن يجري الحكم المزبور .

أمّا الانتفاع فقد عرفت أنّها أيضاً محبوسة عن كلّ واحد منهما إلاّ برضا الآخر ، فلو أباحها الراهن للمرتهن فإن أباحها بثمنها حسبت من دينه ، وإلاّ كانت له مجّاناً .

فقول (المجلّة) : **(ولا يسقط من الدين شيء في مقابل هؤلاء)** [٢] ـ

---

(١) ورد : (من الراهن) بدل : (للراهن) ، و : (في هذه) بدل : (بهذه) ، ولم يرد لفظ : (يكون) في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٤١٥ .

وورد التغيير الثاني المزبور ، وكذلك وردت عبارة : **(يصير المرتهن أحقّ من سائر غرماء الراهن في الرهن)** بدل عبارة : **(فالمرتهن يكون أحقّ بالرهن من سائر غرماء الراهن)** في درر الحكّام ٢ : ١٦٠ ـ ١٦١ .

قارن : تكملة شرح فتح القدير ٩ : ١١٦ ، حاشية ردّ المحتار ٦ : ٥١١ ـ ٥١٢ .

(٢) هذه العبارة مقتطفة من (**مادّة : ٧٥٠**) من (المجلّة) ، ونصّها الكامل ـ على ما في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٤١٥ ـ ٤١٦ ـ هو :

(ليس للمرتهن الانتفاع بالرهن بدون إذن الراهن ، ولكن للمرتهن استعمال الرهن وأخذ ثمره ولبنه إذا أذنه الراهن وأباح له ذلك ، ولا يسقط من الدين شيء في مقابلة ما أخذه المرتهن) .

لاحظ حاشية ردّ المحتار ٦ : ٥١٢ .

على اطلاقه ـ غير صحيح .

كعدم صحّة الإطلاق في :

(مادّة : ٧٥١) إذا أراد المرتهن الذهاب إلى بلد آخر فله أن يأخذ الرهن معه إذا كان الطريق آمناً [١] .

بل والصحيح أنّه لا يجوز أن يأخذ الرهن معه مطلقاً ، إلاّ إذا خاف عليه لو أبقاه في محلّه وكان نقله إلى بلد آخر أو محلٍّ آخر أحفظ ، فليتدبّر .

---

(١) ورد : (إن كان) بدل : (إذا كان) في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٤١٧ .
راجع : مجمع الأنهر ٢ : ٥٩١ ، حاشية ردّ المحتار ٦ : ٤٨٩ .

الفصل الثالث

في

بيان أحكام الرهن الذي هو في يد العدل

(مادّة : ٧٥٢) يد العدل كيد المرتهن .

يعني : لو اشترط الراهن والمرتهن إيداع الرهن عند من ائتمنه ورضي الأمين ، وبقبضه يتمّ الرهن ويلزم ، ويقوم ذلك الأمين مقام المرتهن [١] .

(مادّة : ٧٥٣) لو اشترط حين العقد قبض المرتهن الرهن ثمّ لو وضعه الراهن والمرتهن بالاتّفاق في يد عدل يجوز [٢] .

---

(١) ورد : (أمين) بدل : (من ائتمنه) ، و : (قبض المرهون تمّ الرهن ولزم ، وقام ...) بدل : (بقبضه يتمّ الرهن ويلزم ، ويقوم ...) في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٤١٧ .

ووردت المادّة في درر الحكّام (٢ : ١٦٨) بصيغة :

(يد العدل كيد المرتهن .

يعني : إذا اتّفق الراهن والمرتهن على أن يودعا الرهن عند الشخص الذي ائتمناه ورضي هو وقبضه يصير الرهن تامّاً ولازماً ، ويقوم ذلك الشخص مقام المرتهن) .

انظر : بدائع الصنائع ٨ : ١٩٤ ، تبيين الحقائق ٦ : ٨٠ ، مجمع الأنهر ٢ : ٦٠٠ ، تكملة البحر الرائق ٨ : ٢٥٥ ، الفتاوى الهندية ٥ : ٤٤٠ .

(٢) ورد : (صحّ ذلك) بدل : (يجوز) ، ولم يرد لفظ : (لو) في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٤١٧ .

وورد : (أن يقبض) بدل : (قبض) ، ولم يرد لفظ : (لو) ، وورد : (العدل) بدل : (عدل) ، و : (جاز ذلك) بدل : (يجوز) في درر الحكّام ٢ : ١٦٩ .

قارن : مجمع الأنهر ٢ : ٦٠٠ ، الفتاوى الهندية ٥ : ٤٤٠ .

(مادّة : ٧٥٤) إذا كان الدين باقياً فليس للعدل أن يعطي الرهن إلى الغير ما لم يكن لأحد الراهن والمرتهن رضا ، وإذا أعطاه فله صلاحية استرداده ، وإذا تلف قبل الاسترداد فالعدل يضمن [١] .

(مادّة : ٧٥٥) إذا توفّى العدل يودع الرهن عند عدل غيره بتراضي الطرفين ، وإذا لم يحصل بينهما الاتّفاق فالحاكم يضعه في يد عدل [٢] .

خلاصة هذا الفصل تبتني على ما سبق بيانه من أنّ طبيعة عقد الرهن لا تقتضي كون بقاء الرهن عند الراهن أو المرتهن أو عند ثالث [٣] ، فهو من هذه الجهة لا اقتضاء ، فإن اتّفقا على بقائه عند أحدهما تعيّن ، وإن تشاحا وضعه الحاكم عند عدل ، ولا يجوز له أن يدفعه إلى أحدهما بدون رضا الآخر ، بل يدفعه إليهما أو إلى الحاكم لو تعذّر مراجعتهما أو اتّفاقهما ، ولو دفعه إلى

---

(١) وردت المادّة في شرح المجلّة لسليم اللبناني (١ : ٤١٨) بالصيغة التالية :

(ليس للعدل أن يعطي الرهن للراهن أو للمرتهن بدون رضا الآخر مادام الدين باقياً ، وإن أعطاه كان له استرداده ، وإذا تلف قبل الاسترداد فالعدل ضامن لقيمته) .

ووردت في درر الحكّام (٢ : ١٧٠) بالصيغة الآتية :

(ليس للعدل يعطي الرهن إلى الراهن أو المرتهن بلا إذن الآخر حالة كون الدين باقياً ، وإن فعل له أن يستردّه ، وإذا هلك قبل الاسترداد يضمن العدل قيمته) .

لاحظ : بدائع الصنائع ٨ : ١٩٤ ، تبيين الحقائق ٦ : ٨٢ ، مجمع الأنهر ٢ : ٦٠٠ ، تكملة البحر الرائق ٨ : ٢٥٦ ، الفتاوى الهندية ٥ : ٤٤٠ .

(٢) ورد : (العاقدين) بدل : (الطرفين) ، و : (**فإن لم يتّفقا عليه وضعه الحاكم**) بدل : (**وإذا لم يحصل بينهما الاتّفاق فالحاكم يضعه**) في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٤١٨ .

وورد : (**وإن لم يتّفقا يضعه الحاكم**) بدل : (**وإذا لم يحصل بينهما الاتّفاق فالحاكم يضعه**) في درر الحكّام ٢ : ١٧١ ـ ١٧٢ .

لاحظ : بدائع الصنائع ٨ : ١٩٨ ـ ١٩٩ ، الفتاوى الهندية ٥ : ٤٤٤ .

(٣) سبق بيان ذلك في ص ٣٦٢ وما بعدها .

أحدهما وتلف ضمن للآخر ، ولو مات العدل فإن اتّفقا فهو ، وإلاّ وضعه الحاكم عند عدل آخر .

هذا كلّ ما اشتملت عليه مواد هذا الفصل مع الاختصار وحذف الفضول ، فإنّه معاني قليلة في عبارات طويلة .

الفصل الرابع

في

بيع الرهن

(مادّة : ٧٥٦) ليس لكلٍّ من الراهن والمرتهن بيع الرهن بدون رضا صاحبه [١] .

وهذا واضح معلوم .

(مادّة : ٧٥٧) إذا حلّ وقت أداء الدين وامتنع الراهن عن أدائه فالحاكم يأمره ببيع الرهن وأداء الدين ، فإن أبى وعاند باعه الحاكم وأدّىٰ الدين [٢] .

أو يتقبّله المرتهن ويحتسبه من دينه ويدفع الزائد لو كان .

---

(١) ورد : (الآخر) بدل : (صاحبه) في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٤١٩ .

وورد : (لأحد) بدل : (لكلٍّ) ، و : (بلا إذن رفيقه) بدل : (بدون رضا صاحبه) في درر الحكّام ٢ : ١٧٣ .

راجع مجمع الأنهر ٢ : ٦٠٣ ـ ٦٠٤ .

(٢) ورد : (أجل) بدل : (وقت أداء) في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٤١٩ .

ووردت المادّة في درر الحكّام (٢ : ١٧٣) بهذا النصّ :

(إذا حلّ وقت أداء الدين وامتنع الراهن عن أدائه يؤمر من طرف الحاكم أن يبيع الرهن ويؤدّي الدين ، وإذا أبىٰ يبيع الحاكم الرهن ويفي الدين) .

انظر مجمع الأنهر ٢ : ٥٨٧ .

ومع غيبة الراهن وعدم إمكان الوصول وحلول الأجل فالمرجع الحاكم في البيع والوفاء ؛ لولايته العامّة ، كما في :

(مادّة : ٧٥٨) إذا كان الراهن غائباً ولم تعلم حياته ولا مماته فالمرتهن يراجع الحاكم على أن يبيع الرهن ويستوفي الدين [١] .

(مادّة : ٧٥٩) إذا خيف فساد الرهن فللمرتهن بيعه وإبقاء ثمنه رهناً في يده بإذن الحاكم ، وإذا باعه بدون إذن الحاكم يكون ضامناً .

كذلك لو أدرك ثمر البستان المرهون وخضرته وخيف تلفه فليس للمرتهن بيعه إلاّ بإذن الحاكم ، وإذا باعه بدون إذن الحاكم يضمن [٢] .

---

(١) ورد : (لكي) بدل : (على أن) في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٤٢٠ .

ووردت المادّة في درر الحكّام (٢ : ١٧٤) بلفظ :

(إذا غاب الراهن ولم تعلم حياته ومماته فالمرتهن يراجع الحاكم لأجل بيع الرهن واستيفاء مطلوبه منه) .

قارن حاشية ردّ المحتار ٦ : ٥٠٢ .

(٢) وردت المادّة بتقديم : (بإذن الحاكم) على : (إبقاء ثمنه رهناً في يده) ، وورد : (وإن باعه) بدل : (وإذا باعه) ، و : (كان) بدل : (يكون) ، و : (البستان والكرم المرهون وبقوله) بدل : (البستان المرهون وخضرته وخيف تلفه) ، و : (بيعها إلاّ) بدل : (بيعه) ، و : (لو خيف تلفها، وإن باعها بدون إذن الحاكم ضمن) بدل : (إذا باعه بدون إذن الحاكم يضمن) .

كلّ ذلك ورد في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٤٢٠ .

ووردت المادّة في درر الحكّام (٢ : ١٧٥) بلفظ :

(إذا خيف من فساد الرهن فللمرتهن أن يبيعه بإذن الحاكم ويبقي الثمن في يده ، وإذا باعه بدون إذن الحاكم يكون ضامناً .

كذلك إذا أدركت ثمار وخضرة الكرم والبستان المرهون وخيف من هلاكها يمكن بيعها برأي الحاكم ، وإذا باعها المرتهن من ذاته كان ضامناً) .

لاحظ حاشية ردّ المحتار ٦ : ٥٠٢ .

كلّ ذلك حفظاً للمال من الضياع ، والحاكم هو الولي العامّ .

(مادّة : ٧٦٠) إذا حلّ وقت أداء الدين يصحّ توكيل الراهن المرتهن أو العدل أو غيرهما ببيع الرهن ، وليس للراهن عزل ذلك الوكيل من تلك الوكالة ، ولا ينعزل بوفاة أحدهما أيضاً [١] .

الوكالة عقد جائز اتّفاقاً [٢] ـ كما سيأتي [٣] ـ فللوكيل أن يعزل نفسه ، كما للموكّل أن يعزله ، ولا دليل على لزومها هنا بالخصوص .

غايته أنّه لو عزل الوكيل يلزمه الحاكم بالبيع أو توكيل غيره ، وبهذا يحصل الجمع بين الحقوق .

---

(١) وردت المادّة في شرح المجلّة لسليم اللبناني (١ : ٤٢٠ ـ ٤٢١) بهذه الصيغة :

(يصحّ توكيل الراهن المرتهن أو العدل أو غيرهما ببيع المرهون عند حلول الأجل ، وليس للراهن عزل ذلك الوكيل من الوكالة ، ولا ينعزل أيضاً بوفاة المرتهن أو الراهن) .

وورد : (**ووكّل الراهن المرتهن أو العدل أو أحداً غيرهما لأجل بيع الرهن صحّ ذلك**) بدل : (**يصحّ توكيل الراهن المرتهن أو العدل أو غيرهما ببيع الرهن**) ، و : (أن يعزل) بدل : (عزل) ، و : (بعدها) بدل : (من تلك الوكالة) ، و : (الراهن والمرتهن) بدل : (أحدهما) في درر الحكّام ٢ : ١٧٦ .

وهذا المذكور في مادّة (المجلّة) تبعاً لأبي حنيفة وأحمد .

أمّا الشافعي ومالك فقد ذهبا إلى : أنّ العدل ينعزل بعزل الراهن إيّاه .

راجع : بدائع الصنائع ٨ : ١٩٨ ، المغني ٤ : ٣٩٠ ، فتح العزيز ١٠ : ١٣٠ ، المجموع ١٣ : ٢٢٤ ، تبيين الحقائق ٦ : ٨١ ، مجمع الأنهر ٢ : ٦٠٠ ـ ٦٠١ ، مواهب الجليل ٥ : ٢٣ ، مغني المحتاج ٢ : ١٣٥ ، تكملة شرح فتح القدير ٩ : ١٠٦ ، تكملة البحر الرائق ٨ : ٢٥٦ ، الفتاوى الهندية ٥ : ٤٤٢ .

(٢) نُقل الاتّفاق على المسألة في : الرياض ١٠ : ٥٧ ، الجواهر ٢٧ : ٣٥٦ .

ولاحظ : الغاية والتقريب ١٧٠ ، الواضح في شرح مختصر الخرقي ٣ : ٣٥ .

(٣) سيأتي في ص ٤٧٨ ، وفي الجزء الثالث ـ إن شاء الله تعالى ـ في كتاب الوكالة .

كما أنّ الوكالة تبطل بالموت عندنا اتّفاقاً سواء موت الوكيل أو الموكّل [١]، ولا معنى لبقائها بعد الموت، بل يلزم الورثة مع الوصي وفاء الدين من التركة أو بيع العين المرهونة والوفاء من ثمنها، وإن لم يفعلوا تولّى الحاكم ذلك.

(مادّة : ٧٦١) الوكيل ببيع الرهن يبيع الرهن إذا حلّ وقت أداء الدين، ويسلّم إلى المرتهن، فإن أبىٰ الوكيل يجبر الراهن على بيعه [٢].

أمّا الوكيل فقد عزل نفسه بامتناعه عن أداء عمل الوكالة فيتعيّن إلزام الراهن بذلك، فإن أبى فالحاكم كما في (المجلّة) :

---

(١) لاحظ : الرياض ١٠ : ٦١، الجواهر ٢٧ : ٣٦٠.

وقد وافق الإماميّة في المسألة كلّ من الحنفيّة والشافعيّة والحنابلة.

أمّا المالكيّة فلهم قولان في المسألة :

قول بالانفساخ، قاله الأصبغ، ولعلّه المشهور بينهم.

وقول بعدم الانفساخ، قاله مطرّف وابن الماجشون.

قارن : الغاية والتقريب ١٧٠، تنبيه الحكّام ٢٨١ ـ ٢٨٢، المغني ٥ : ٢٤٢، الواضح في شرح مختصر الخرقي ٣ : ٣٥، المجموع ١٤ : ١٥٥، تبيين الحقائق ٤ : ٢٨٧، الإنصاف ٥ : ٣٣٢، الإقناع للشربيني ١ : ٢٩٦، مغني المحتاج ٢ : ٢٣٢، الشرح الصغير للدردير ٣ : ٥٢٣، اللباب ٢ : ١٤٥.

(٢) بلحاظ نصّ هذه المادّة وتكملتها التي سيذكرها المصنّف رحمه الله عمّا قريب، ورد : (وإن) بدل : (فإن) الواردة بعد كلمة : (المرتهن)، ووردت زيادة : (الراهن أيضاً) بعد : (عاند) في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٤٢٢.

ووردت المادّة في درر الحكّام (٢ : ١٨٣) بهذه الصيغة :

(عند حلول وقت أداء الدين يبيع الوكيل الرهن، ويسلّم الثمن إلىٰ المرتهن، وإذا امتنع يجبر الراهن على بيع الرهن، وإذا أبىٰ الراهن أُجبر ببيع الحاكم.

وإذا كان الراهن أو ورثته غائبين يجبر الوكيل على البيع، وإذا امتنع يبيع الحاكم بنفسه).

انظر : مجمع الأنهر ٢ : ٦٠١، تكملة شرح فتح القدير ٩ : ١٠٧، تكملة البحر الرائق ٨ : ٢٥٨.

وإذا أبىٰ وعاند باعه الحاكم .

وإذا كان الراهن أو ورثته غائبين يجبر الوكيل على بيع الرهن ، فإن عاند باعه الحاكم .

إلى هنا انتهت مواد (المجلّة) في (كتاب الرهن) .

وقد أهملت بحثين مهمّين من مباحثه :

أحدهما : مسقطات الرهن .

و**ثانيهما** : باب التنازع والخصومة .

ومن الحقّ أن نشير إلى بعض مسائل كلٍّ من البحثين على سبيل الإيجاز إتماماً للفائدة .

أمّا [**البحث**] **الأوّل** :

فمعلوم أنّ أسباب سقوط الرهن وزواله مهما تعدّدت وتنوّعت فهي ترجع إلى سببين ، وهما : سقوط الدين ـ أي : براءة ذمّة الراهن منه ـ أو إسقاط المرتهن حقّه من الرهن مع بقاء الدين .

وحيث إنّ أسباب سقوط الدين كثيرة لذا تكثّرت أسباب سقوط الرهن :

أوّلها : الوفاء والأداء .

ثانيهما : الإسقاط والإبراء .

ثالثها : موت الراهن والمرتهن هو الوارث .

رابعها : عكسها ، موت المرتهن والراهن هو الوارث .

خامسها : حوالة الدين على آخر .

سادسها : ضمان الدين وانتقاله إلى ذمّة أُخرى .

سابعها : بيع الدين لآخر .

ثامنها : هبته لآخر ، وإن كانت الهبة هنا ترجع إلى الإسقاط .

وربّما توجد أسباب أُخرى لسقوط الدين تظهر بالاستقصاء والتأمّل .

أمّا الثاني ـ وهو : إسقاط المرتهن حقّه من الرهن ـ فهو معنى واحد ، ولكن يظهر بصور مختلفة من قول أو فعل أو إشارة ، بل وقد يتحقّق بالكتابة أيضاً ، فإنّه وإن كان أشبه بالإيقاع ، بل هو الإيقاع حقيقة ، والإيقاع كالعقد ـ عندنا ـ لا يتحقّق بالكتابة (1) ، ولكن حيث إنّ الشارع كالعرف لم يعتبروا فيه صيغة خاصّة ـ كما اعتبروها في الطلاق والعتق وغيرهما ـ كفى كلّ ما دلّ عليه .

البحث الثاني : في التنازع والخصومة .

ويقع المهمّ منه في مسائل :

١ ـ إذا ادّعى الدائن الرهن وأنكره المديون ، فالقول قوله ؛ للأصل .

٢ ـ إذا ادّعى المرتهن أنّ الرهن الثوب والكتاب ـ مثلاً ـ ولم يعترف

---

(١) راجع : تمهيد القواعد ٣٣٢، العناوين ٢ : ١٣٢ .

وللشافعية في وقوع العقود والإيقاعات مطلقاً بالكتابة مع النيّة أوجه ، ثالثها : الجواز للغائب دون الحاضر .

لاحظ : المجموع ٩ : ١٦٧ ، الأشباه والنظائر للسيوطي ٥٠٧ .

الراهن إلاّ بالثوب ، فالقول قوله ؛ للأصل أيضاً .

٣ ـ إذا ادّعى المرتهن أنّ الرهن هو الثوب ـ مثلاً ـ وقال الراهن : بل الكتاب ، فهذا وأمثاله يدخل في باب التداعي ويخرج من باب المدّعي والمنكر .

فإن كان لكلٍّ منهما بيّنة فهو من باب تعارض البيّنات والمرجع فيهما إلى المرجّحات .

وإن لم تكن فالتساقط والتخيير .

والقول الفصل حكم الحاكم الذي ترفع إليه الدعوى المزبورة .

وإن كانت البيّنة لأحدهما فقط كان العمل عليها بلا ريب .

وإن لم تكن لأحدهما بيّنة فالتحالف ، فمن حلف حكم له .

وإن حلفا معاً تساقطا وحكم بعدم رهن شيء منهما ، وهو المعروف ـ عندنا ـ بالانفساخ القهري [1] .

٤ ـ إذا ادّعى المالك المديون أنّ العين وديعة عند دائنه وادّعى الدائن أنّها رهن ، فالقول قول المالك بيمينه ؛ للأصل .

٥ ـ لو ادّعى المالك أنّها إجارة وادّعى الآخر أنّها رهن ، فالأقرب أنّه من باب التداعي إن كان النزاع قبل القبض أو بعد قبض العدل ، أمّا لو كان بعد قبض مدّعي الرهينة فالأقرب أنّ القول قوله .

---

(١) انظر كتاب القضاء للأشتياني ٤٤٨.

٦ ـ إذا ادّعى المرتهن ردّ العين المرهونة وأنكر الراهن ، فالقول قوله ؛ للأصل .

٧ ـ إذا ادّعى المرتهن التلف وأنكر الراهن ، فالقول قول المرتهن بيمينه ؛ لأنّه الأمين .

٨ ـ لو اعترف بالتلف وادّعى عليه التفريط ، فالقول قول المرتهن أيضاً ؛ لأنّه أمين .

٩ ـ لو ادّعى الراهن أنّ المرتهن أسقط حقّ الرهن وأنكر المرتهن ، فالقول قوله أيضاً ؛ [للأصل] .

١٠ ـ لو ادّعى المرتهن أنّ العين رهن على الدينين وأنكر الراهن ، فالقول قوله ؛ للأصل أيضاً .

١١ ـ لو تداعى شخصان على عين فادّعى كلّ منهما أنّها رهن عنده فقط ، فلا يخلو إمّا أن تكون في يد أحدهما ، أو في يدهما معاً ، أو في يد ثالث .

وعلى كلّ التقادير فالمالك إمّا أن يصدّق أحدهما ، أو ينفيهما معاً ، أو لا يصدّق ولا ينفي ، أو لا يمكن مراجعته لغيبة ونحوها .

فالقضية ذات صور متشعبة يدور محورها على أمرين :

الأوّل : أنّ من صدّقه المالك فالقول قوله بيمينه مطلقاً .

الثاني : أنّه حيث لا تصديق من المالك ـ إمّا لغيبة أو لسبب آخر ـ فالقول قول صاحب اليد .

وأمّا إن كانت اليد لهما فهو باب التداعي ، فمن كانت له بيّنة يقدّم قوله .

وإن لم يكن بيّنة أو تعارضت البيّنتان ولا مرجح فالتحالف ، فمن حلف قدّم قوله مع نكول الآخر .

وإذا حلفا حكم بالانفساخ القهري ورجعت العين إلى مالكها .

ومثلها : ما لو كانت في يد ثالث ، فإنّه أيضاً من باب التداعي ، إمّا البيّنة وإمّا التحالف .

١٢ ـ إذا ادّعى أنّ العين رهن عنده فقط فادّعى الآخر أنّها رهن عنده أيضاً ، كانت من باب المدّعي والمنكر ، والصور المتقدّمة جارية هنا أيضاً ، والمالك مصدّق حتّى على صاحب اليد ؛ لأنّه أحقّ بماله وأعرف بنفسه ، وتنقلب الخصومة بينه وبين الآخر ، فإن كان غائباً أو لا يصدّق واحداً منهما فصاحب اليد مقدّم بيمينه ، إلاّ أن يقيم الآخر ـ وهو المدّعي ـ البيّنة .

هذا قليل من كثير من صور النزاع والخصومة ، والمتتبع يجد أكثر من ذلك .

هذا في خصوص النزاع في الرهن .

أمّا الخصومة في الدين الذي عليه فهي أيضاً كثيرة ، ولكنّها خارجة من هذا الكتاب ، ومحلّها (كتاب الدين) .

ولنختم هنا (كتاب الرهن) سائلين من الحقّ (جلّ شأنه) أن يفكّ رهائن أنفسنا يوم تغلق الرهون وتطبق السجون ، و﴿ **لا يَنفعُ مالٌ ولا بَنُون إلاّ مَن أتى اللهَ بقَلبٍ سَلِيمٍ** ﴾[1] .

---

(١) سورة الشعراء ٢٦ : ٨٨ ـ ٨٩.

تمّ الجزء الثاني [١]

ويليه الجزء الثالث

إن شاء الله

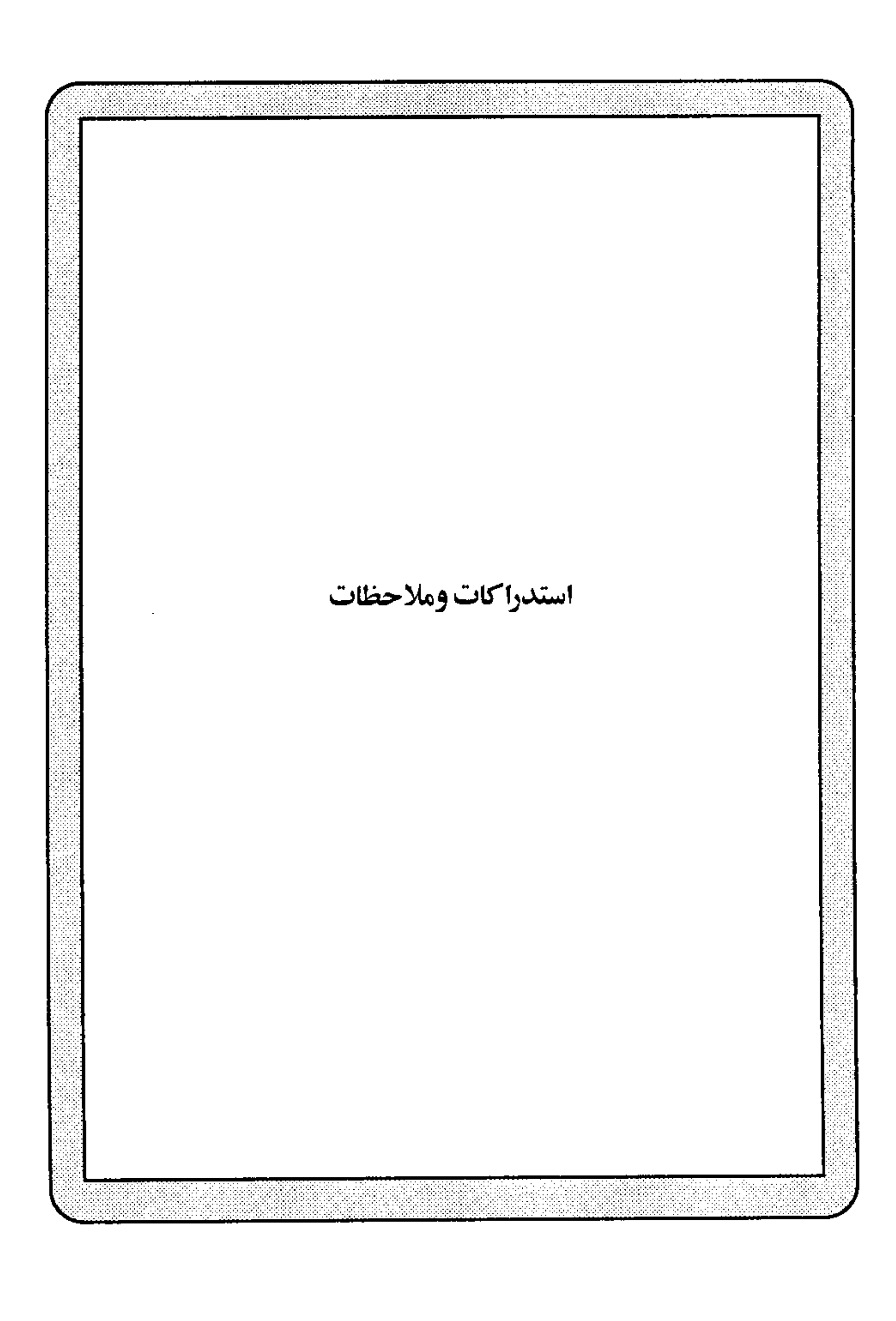
وأوّله

كتاب الأمانات

(الوديعة والعارية)

(١) هذا حسب تقسيم المؤلّف رحمه الله للكتاب.





استدراكات وملاحظات



كنّا نحسب ونأمل عند انتشار (الجزء الأوّل) من هذا الكتاب : (تحرير المجلّة) ـ وبعد إنجاز طبعه ووقوعه بأيدي أهل الفضل ـ أن يكثر النقد عليه والبحث والتنقيب في بحوثه وفوائده ؛ نظراً لاشتراك الفقيه فيه مع الحاكم ، والحقوقي والقانوني ، والأُستاذ والتلميذ ، وانتفاع أكثر الطبقات به .

فلم نجد شيئاً من ذلك ! ولا أجعل اللوم في ذلك إلاّ على الظروف القاسية والحوادث الزمنية التي أشغلت أفكار أُولي الفضل والمتخصّصين بمسائل الفقه والحقوق عن التوسّع والاضطلاع بمهمتهم وما هو المتعيّن عليهم .

ولا ريب أنّ الاضطرابات العالمية وهذه الحروب الطاحنة أقل تأثيرها حدوث الفتور وخمود العزائم عن النشاط إلى البحث والاستقصاء في المسائل النظرية والمباحث الجوهرية ، إلاّ على النادر ممّن لا يجد لذة إلاّ في العلم والبحث والمطالعة والمراجعة ، ولا يعوقه عن تلك الشؤون عائق ، ولا يشغله عن تلك العوالم والمعالم شاغل ، ولكنّهم كانوا قليلاً ، وقد صاروا أقل من القليل !

ونحن ـ والمنّة لله وحده ـ لم يقعد بعزيمتنا عن مواصلة البحث والكتابة عواصف الزمن ، ولم تخمد جمرة أشواقنا لنشر العلوم نكبات المحن ، ولا عاقنا عن النشر والطبع أزمة الورق وضيق مواد الاقتصاد وضعف الرغبات وخمود العزمات .

وكان أقصى ما سمعنا من بعض الهنات أو وجدنا من النقد في بعض

الصحف التعرّض لأُمور تافهة لا تستحقّ الذكر ، أسمعنا بعض عوض قلي نواصي التحقيقات الأبكار التي نشرها (الجزء الأوّل) في حقيقة البيع والملكية ، والماضي والمضارع ، والأموال ، والعهود والالتزامات .

نعم ، أسمعونا بدل التعمّق في هذه الدقائق الاعتراض على قولنا (ص ٧) [١] :

(فالإماميّة فتحوا باب الاجتهاد على مصراعيه حتّى صار يدّعيه من لا يصحّ أن يطلق عليه اسم المتفقّه فضلاً عن الفقيه) .

وليتهم علموا بأنّا قد كبحنا جماح القلم هنا وهناك ، واكتفينا بقليل من كثير وجرعة من غدير من ويلات هذا البلاء المبرم ، والمقام مقام الشكر في أنّا أسدلنا الستار عن موبقات تلك الأطوار ، وأخذنا بأدب الفرقان المجيد : ﴿ **خُذ العَفو وأمُر بالعُرف وأعرض عن الجاهِلينَ** ﴾ [٢] ، وصرفنا أو تصرّفنا في كريمة قوله (عزّ شأنه) : ﴿ **ولتكُن مِنكُم أُمّةٌ يَدعُونَ إلى الخَيرِ وَ يأمُرونَ بالمَعروفِ ويَنهون عِن المُنكرِ** ﴾ [٣] بقوله تعالى : ﴿ **إنّكَ لا تهدِي مَن أحبَبتَ ولكنّ اللهَ يهدِي مَن يَشاءُ** ﴾ [٤] .

وليس بث هذه النفثة من القصد في شيء ، وإنّما استطردها بيان دواعي الحرمان من فوائد النقد ، وأسباب انصراف الهمم والعزائم عن هذه المغانم .

---

(١) وفي هذه الطبعة في ج ١ ص ١١٤ .

(٢) سورة الأعراف ٧ : ١٩٩ .

(٣) سورة آل عمران ٣ : ١٠٤ .

(٤) سورة القصص ٢٨ : ٥٦ .

وإنّ أحد تلك الأسباب اليوم هي الظروف القاهرة والمعارك الدائرة في أُمم الغرب التي أصبحت تخرّب بيوتها بأيديها ، وعادت مدنيتها وثقافتها وبالاً على العالم وعليها .

ولو أنّ طباع أهل العلم على سجيتها الأُولى ونفسيات أرباب الفضيلة وعلماء الحقوق على رسلها السابق ونهجها القويم قبل هذه الأوضاع العالمية ، لما أهملت مهمّة النقد الصحيح مع غزارة فوائدها وعظيم منافعها .

والحقيقة ـ كما يقولون ـ نبت البحث ، واضرب الرأي بالرأي يبدو لك وجه الصواب ، وتمام عقلك مع أخيك ، والعصمة والكمال لله وحده .

وحقّاً إنّ زينة الكتاب وحليته نقده وتمحيصه ، بل هو كماله وجماله ، وتمامه أن يبدو عوزه ونقصه ويستقصى فليه وفحصه سيّما في مثل مؤلّفنا هذا الذي كتبناه على جري القلم وعفو الخاطر من دون تجديد نظر أو نتيجة مباحثة أو مدارسة ، بيد أنّه صدر في مثل هذه الظروف المزعجة والصروف المحرجة وأنواع المحن والأرزاء التي تبلّد الأذهان وتطبع الإنسان بطابع الذهول والنسيان .

وبعض هذا ما يكفي للغفلة والسهو وعروض الأخطاء والهفوات ، فكيف بما هو أعظم وأفظع ؟!

ولمّا نظرنا فيه ـ بعد طبعه ونشره ـ وجدنا فيه ما يجدر التنبيه عليه ، فأحببنا هنا الإشارة إلى بعض ذلك على سبيل الحديث المستظرف والقول المستطرف ، ونترك الباقي لأهل الفضل إذا نشطت عزائمهم وحفّزتهم عبقريتهم .

فمن ذلك : [ما] في (الجزء الأوّل) ص ٣٠[1] : **(مادّة : ٣٤) ما حرم أخذه حرم إعطاؤه .**

وقد حملنا القاعدة هناك على أخذ المال المحرّم ، فإنّ التصرّفات فيه تكون محرّمة ، فيحرم إعطاؤه ؛ لأنّه تصرّف فيه .

وهذا الوجه وإن كان صحيحاً في ذاته ، ولكنّه ليس هو المقصود من القاعدة قطعاً ، بل القصد غيره أو ما هو أوسع منه نظراً وأبعد أثراً .

والذي يليق أن تحمل عليه من المعنى المفيد فائدة جديدة هو : أنّ الذي يحرم أخذه ـ كالربا مثلاً أو الرشوة أو القمار وأضراب ذلك ـ كما يحرم أخذه يحرم إعطاؤه .

فكما يحرم عليك أن تأخذ الرشوة يحرم عليك أن تعطيها للمرتشي ، وكما يحرم عليك أن تأخذ الربا يحرم عليك أن تستدين أو تبيع وتعطي الربا يحرم عليك [أن] تبيع وزنة حنطة بوزنة ونصف فتأخذ زيادة نصف ، وأنّه كما يحرم عليك هذا يحرم أن تشتري كذلك فتعطي نصف وزنة زيادة .

وتكون هذه القاعدة قريبة الأُفق من معنى أُختها التالية لها : **(ما حرم فعله حرم طلبه)** .

يعني : كما يحرم عليك فعل الربا والرشوة يحرم عليك أن تطلبه من غيرك ، وكما يحرم عليك شرب الخمر يحرم عليك أن تطلبه من غيرك ، وهكذا في كلّ حرام ، إلاّ ما استثني ، كما سبق .

---

(١) هذا حسب الطبعة السابقة ، وأمّا في هذه الطبعة فراجع ج ١ ص ١٥٢.

ومن ذلك : إهمال جملة من القواعد المهمّة ، مثل : قاعدة (الميسور) [١] ، و (قاعدة الحرّ لا يضمن ، ولا يدخل تحت اليد) [٢] ، وقاعدة : (إذا اجتمع الحرام والحلال غلب الحرام) [٣] التي ربّما ترجع إلى قاعدة : (در المفاسد أولى من جلب المنافع) [٤] ، وقاعدة : (الدفع أهون من الرفع) [٥] ، و : (الفرض أفضل من النفل) [٦] ، و : (ما كان أكثر فعلاً فهو أكثر فضلاً) [٧] ، إلى كثير من أمثالها [٨] .

ولكن يدفع النقد في إهمالها : أنّ جملة منها تختصّ بالعبادات ، وبعضها قليل الجدوى نادر المثال .

ومن موارد النقد أيضاً : أنّ بعض المباحث المهمّة جاء البيان ناقصاً

---

(١) لاحظ : الغاية القصوى ١ : ٢٣٨ ، الأشباه والنظائر للسبكي ١ : ١٥٥ ، القواعد للحصني ٢ : ٤٨ ، الأشباه و النظائر للسيوطي ٢٩٣ .

(٢) انظر : الأشباه والنظائر للسيوطي ٢٣٩ ، الأشباه والنظائر لابن نجيم ١٥٨ .

(٣) راجع : الأشباه والنظائر للسبكي ١ : ١١٧ ، المنثور في القواعد : ١ : ١٢٥ ، الأشباه والنظائر للسيوطي ٢٠٩ ، الأشباه والنظائر لابن نجيم ١٣٤ ، مجامع الحقائق ٣٦٦ .

(٤) تقدّمت هذه القاعدة في ج ١ ص ١٤٧ .

(٥) قارن : الأشباه والنظائر للسبكي ١ : ١٢٧ ، المنثور في القواعد ٢ : ١٥٥ ، الأشباه والنظائر للسيوطي ٢٦٠ .

(٦) لاحظ : الأشباه والنظائر للسبكي ١ : ١٨٥ ، الأشباه والنظائر للسيوطي ٢٧٢ ، الأشباه والنظائر لابن نجيم ١٨٢ .

(٧) لاحظ الأشباه والنظائر للسيوطي ٢٦٨ .

(٨) كقاعدة : (الخروج من الخلاف مستحبّ) ، وقاعدة : (الرخص لا تناط بالشكّ) ، وقاعدة : (المكبّر لا يكبّر) .

راجع : الغاية القصوى ١ : ٢١٠ ، الأشباه والنظائر للسبكي ١ : ١٣٥ ، الأشباه والنظائر للسيوطي ٢٥٧ و ٢٦٤ و ٢٨٢ .

مبتوراً ، وكان من حقّه البسط والإحاطة بالموضوع من جميع أطرافه وعموم أقسامه ، مثل : قاعدة : (التلف قبل القبض) في (الجزء الأوّل) ص ٦٩[١] .

وحقّ تحريره أن يقال : إنّ زوال المبيع أو الثمن بحيث يمتنع قبضه حقيقةً أو حكماً لا يخلو : إمّا أن يكون من جهة التلف أو الإتلاف .

وعلى الأوّل ، فقد اتّفقوا على أنّ تلف المبيع من البائع وتلف الثمن قبل إقباضه للبائع من المشتري[٢] .

والنبوّي المشهور : « كلّ مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه »[٣] وإن كان وارداً في المبيع فقط ، ولكنّ الأصحاب اتّفقوا ظاهراً على إلحاق الثمن به في الحكم[٤] .

وربّما يظهر هذا من رواية عقبة بن خالد[٥] ، عن أبي عبد الله الصادق عليه السلام : في رجل اشترى من رجل متاعاً وأوجبه ، غير أنّه ترك المتاع عنده ولم يقبضه ، فسرق المتاع ، من مال من يكون ؟! قال : « من مال صاحب المتاع حتّى يقبض المتاع ويخرجه من بيته ، فإذا أخرجه من بيته فالمبتاع ضامن لحقّه حتّى يردّ إليه ماله »[٦] .

---

(١) وفي هذه الطبعة في ج ١ ص ٢١٩.

(٢) انظر الرياض ٨: ٣٢٢.

(٣) الغوالي ٣: ٢١٢، مستدرك الوسائل الخيار ٩: ١ (١٣: ٣٠٣).

(٤) لاحظ الرياض ٨: ٣٢٤.

(٥) عُقْبَة بن خالد الأسدي الكوفي ، روى عن أبي عبد الله الصادق عليه السلام ، له كتاب .
(رجال النجاشي ٢٩٩ ، رجال الطوسي ٢٦١ ، الفهرست ٣٣٩ ، الخلاصة ٢٢١ ، جامع الرواة ١: ٥٣٩ ، نقد الرجال ٣: ٢٠٦ ، منتهى المقال ٤: ٣١١ ، تنقيح المقال ٢: ٢٥٤).

(٦) الكافي ٥: ٧١ ، التهذيب ٧: ٢١ و ٢٣٠ ، الوسائل الخيار ١٠: ١ (١٨: ٢٣ ـ ٢٤) مع اختلاف يسير .

فإنّ قوله ﷺ : « حتّى يردّ إليه ماله » ظاهر في الثمن وأنّه في ضمان المبتاع ـ أي : المشتري ـ حتّى يوصله إلى البائع .

هذا في تلف الجميع .

أمّا تلف البعض ثمناً أو مثمناً ، فإن كان المبيع ـ حسب اعتبار العقلاء ذا أجزاء يتقسّط عليها ـ الثمن انفسخ في التالف بنسبته من الثمن وصحّ في الباقي ، وإن كان بنظر العرف ممّا لا يتقسّط الثمن عليها ـ بأن يكون ذلك الجزء التالف كالأوصاف التي لاتقابل بالأعواض ـ فهو موجب لخيار المشتري بين الردّ والإمساك بمجموع الثمن .

ويحتمل تخييره بين الردّ وبين الإمساك بالأرش ، ويكون كالعيب الحادث قبل العقد ، وليس ببعيد .

هذا في التلف قبل القبض .

أمّا التلف بعده في زمن الخيار فقد تقدّم البحث فيه مفصّلاً [١] .

هذا كلّه في التلف السماوي ، أعني : القهري .

أمّا الإتلاف ، فإن كان المتلف هو المشتري فلا ينبغي الإشكال في أنّه كالقبض ، ومسقط لضمان البائع ، ويجب عليه دفع الثمن إليه قطعاً .

وهذا مع علمه واضح ، أمّا مع جهله فإن كان مغروراً من البائع ـ كما لو كان طعاماً وقدّمه إليه بصورة الإكرام فأكله وظهر أنّه هو الذي ابتاعه منه ـ فلا ينبغي الإشكال في أنّه ـ كالتلف السماوي ـ مضمون على البائع على خلاف

---

(١) تقدّم في ج ١ ص ٢٣٩ و٥٠٣ ـ ٥٠٥ و٦١٩ .

فيه [١] .

وإن لم يكن مغروراً ـ كما لو أكله جهلاً منه من دون أن يقدّمه البائع إليه ـ فالقضية مشكلة ، والحكم بأنّه من ماله وأنّه قبض [٢] مشكل ، وجعل الضمان على البائع [٣] أشكل .

ودعوى : انصراف النصّ في القبض إلى غير هذا القبض ، فيكون من التلف قبل القبض ، فضمانه على البائع .

عهدتها علىٰ مدّعيها ، وهي قابلة للمنع .

وإن كان المتلف البائع فالمسألة ذات وجوه متعارضة ، بل ومتكافئة .

فإمّا الحكم بالانفساخ ، ويكون الضمان على البائع [٤] ؛ تنزيلاً للإتلاف منزلة التلف ، وأنّ مرجعهما إلى تعذّر الإقباض ، وهو ملاك الحكم سواء كان من حيوان أو إنسان بحادثة سماوية أو أرضية .

وإمّا الحكم بإبقاء العقد وتضمين البائع المثل أو القيمة [٥] ؛ لأنّ الحكم بالانفساخ على خلاف القاعدة ، فيقتصر على مورده المتيقّن ، وهو التلف لا الإتلاف ، ويكون من باب إتلاف مال الغير الموجب للضمان بالمثل أو

---

(١) ذهب إلىٰ ضمان البائع هنا العلاّمة في التذكرة ١ : ٥٦٢ ، ونفىٰ عنه البأس الأنصاري في المكاسب ٦ : ٢٧٥ .

(٢) كما فصّله الأردبيلي في مجمع الفائدة ٨ : ٤١٩ .

(٣) لاحظ المصدر السابق كذلك .

(٤) ذهب إليه : الشيخ الطوسي في المبسوط ٢ : ١١٧ ، والمحقّق الحلّي في الشرائع ٢ : ٢٧٨ و ٣٠٨ ، والعلاّمة الحلّي في التحرير ١ : ١٧٥ .

(٥) لم ينسبه الأنصاري لأحد من الفقهاء في المكاسب ٦ : ٢٧٦ .

القيمة .

وإمّا الحكم بتخيير المشتري في باب إتلاف البائع المبيع ، أو البائع في إتلاف المشتري الثمن ، بين إمضاء العقد فيطالب بالقيمة ، أو فسخه فيأخذ الثمن لو أتلف المبيع ، أو المبيع لو أتلف الثمن (١) .

ومدرك هذا التخيير : إمّا أنّ تحقّق سبب الانفساخ مع سبب الضمان يقتضي التخيير بينهما بعد عدم إمكان الجمع .

وإمّا لأنّ التلف إذا خرج عن قاعدة : (التلف قبل القبض) صار المبيع متعذّر التسليم ، فيثبت الخيار إمّا للمشتري في تلف المبيع ، أو للبائع مع العكس .

وهو معنى التخيير بين الفسخ واسترداد ما دفع ، أو الإمضاء والمطالبة بالمثل أو القيمة .

وهذا هو الأوفق بالقواعد .

وتجري الوجوه الثلاثة في إتلاف الأجنبي .

هذا هو التحرير الوافي لهذه المسألة على اختصاره ، وهكذا يجب أن تحرّر المسائل .

ويكفي هذا المقدار من الملاحظة على (الجزء الأوّل) على سبيل

---

(١) ذهب إليه : العلاّمة الحلّي التذكرة ١ : ٥٠٨ ، والشهيد الأوّل في الدروس ٣ : ٢١٢ ، والمحقّق الكركي في جامع المقاصد ٤ : ٤٠٤ ، والشهيد الثاني في المسالك ٣ : ٢١٧ و ٣٦١ ، والمقدّس الأردبيلي في مجمع الفائدة ٨ : ٤١٩ ، والمحدّث البحراني في الحدائق ١٩ : ٧٦.

وقوّاه الشيخ الأنصاري في المكاسب ٦ : ٢٧٦ ، وتنظّر فيه السيّد الطباطبائي في الرياض ٨ : ٣٢٣.

النموذج والعنوان .

أمّا الجزء الثاني فقد تركنا إبداء الملاحظات فيه إلى من ينشط له من أهل هذا الفنّ الشريف : فنّ الفقه وعلم الحقوق .

ومنه نستمد التوفيق للجميع ، وأن يسهّل لنا متابعة التأليف والنشر إلىٰ خاتمة هذا الكتاب إن شاء الله .

ولا شكّ أنّه يحتاج إلىٰ عدّة أجزاءٍ أُخرىٰ ، فعسىٰ أن يفسح الله (عزّ شأنه) في العمر إلىٰ إكمالها بلطفه وعناياته ، إنّه الكريم المنّان ، وبه المستعان .

الكتاب السادس
الأمانات

وفيه مقدّمة وثلاثة أبواب



في بيان
الاصطلاحات الفقهيّة المتعلّقة بالأمانات
تمهيد مفيد

اعلم أنّ كلّ إنسان وقع في يده مال غيره فإمّا أن يكون استيلاؤه عليه بإذن المالك، أو بإذن الشارع، أو بدون إذن واحد منهما.

والأوّل إمّا أن يكون لمصلحة المالك فقط، أو لمصلحة القابض، أو لمصلحتهما.

ومن الأوّل: الأمانة بالمعنى الأخصّ، وهي الوديعة التي هي: القيام بحفظ مال الغير بإذنه بغير جعل ولا فائدة.

ومن الثاني: العارية التي هي: إباحة للانتفاع، أو: تمليك للمنفعة بغير عوض.

ومن الثالث: الإجارة، فإنّها لمنفعة المالك من حيث أخذ الأُجرة، ولمنفعة المستأجر من حيث استيفاء المنفعة.

وكلّ هذه تعدّ من الأمانات، ولكن بالمعنى الخاصّ، وهي أعمّ من الوديعة التي هي أمانة بالمعنى الأخصّ، وكلّها أيضاً أمانات مالكية؛ لأنّها أجمع بإذن المالك.

أمّا القسم الثاني ـ وهو: ما كان بإذن الشارع فقط ـ فمنه: اللقطة، ومجهول المالك كالذي أطارته الريح إلى دار إنسان، وما دخل إلى ملك الغير من طائر أو حيوان، وما أشبه ذلك.

وكلّ هذه الأنواع تعدّ أيضاً من الأمانات، ولكنّها بالمعنى الأعمّ، وهي

أمانات شرعية .

وجميع الأمانات تشترك في حكم ، وينفكّ بعضها عن بعض في حكم دون آخر . والحكم العامّ المشترك بين جميع الأمانات أمران : عدم الضمان إلاّ بالتعدّي والتفريط ، ووجوب الردّ إلى المالك .

وتفترق الشرعية عن المالكيّة : بوجوب طلب المالك ، والمبادرة إلى ردّ ماله إليه ولو من غير طلب منه بخلاف المالكيّة ، فإنّ الواجب دفع ماله إليه عند طلبه ، ولا يجب أن يتطلبه ، كما في الأُولىٰ .

وهناك أحكام أُخرى يمتاز بها بعض الأمانات عن بعض تذكر في مواضعها .

أمّا القسم الثالث ـ وهو : الاستيلاء على مال الغير من دون إذن المالك ولا الشارع ـ فأظهر أفراده : المال المغصوب بجميع أنواعه وأسبابه من سرقة ، أو نهب ، أو خيانة ، أو تدليس ، أو نظائر ذلك .

ويمتاز هذا عن القسمين السابقين : بأنّه مضمون مطلقاً حتّى مع التلف بغير تعدٍّ ولا تفريط ، ويقابله الأمانة بالمعنى الأعمّ الشاملة للاستيلاء على مال الغير بإذنه أو بإذن الشارع .

وحيث عرفت أنواع الأمانات يتّضح لك أنّ (المجلّة) ذكرت من أنواع الأمانات هنا خصوص الأمانة بالمعنى الأخصّ ، وهو الوديعة والعارية ـ أعني : ما كان لمصلحة المالك فقط أو لمصلحة القابض فقط ـ وما عدا ذلك من الأنواع فهي مذكورة في خلال أبواب المعاملات بالمعنىٰ الأعمّ .

وعبّرت عن الأمانة ـ كما في (**مادّة : ٧٦٢**) ـ بأنّها هي : **الشيء الذي**

يوجد عند من يتخذ أميناً [١] .

وهذا التعريف لا يخلو عن فكاهة ، فإنّ الذي يتخذ أميناً عنده أشياء كثيرة ، فهل كلّها أمانة ؟!

ويهوّن هذا بناء هذه التعاريف على التساهل .

والتعريف القريب للأمانة بالمعنى الخاصّ هو : أنّها المال الذي صار في يد غير مالكه بإذنه أو إذن الشارع ، والأمانة بالمعنى الأخصّ ـ أي : الوديعة ـ هو : المال الذي دفعه مالكه لغيره لينوب عنه في حفظه .

والمعروف في تعريفها عندنا : [أنّها] استنابة في الحفظ [٢] .

وإليها أشارت (المجلّة) بقولها :

سواء كان أمانة بعقد الاستحفاظ كالوديعة [...] .

والاستحفاظ تارةً يكون تمام المقصود من العقد كما في الوديعة ، وأُخرى يكون لازم العقد والمقصود بالعقد أصالة غيره كالإجارة والعارية وغيرهما .

---

(١) وردت المادّة في شرح المجلّة لسليم اللبناني (١ : ٤٢٤ ـ ٤٢٥) بهذه الصيغة :

(الأمانة هي : الشيء الذي يوجد عند الأمين سواء كان أمانة بعقد الاستحفاظ كالوديعة ، أو كان أمانة من ضمن عقد آخر كالمأجور ، أو دخل بطريق الأمانة في يد آخر بدون عقد ولا قصد ، كما لو ألقت الريح في دار واحد مال جاره ، فحيث كان ذلك بدون عقد لا يكون وديعة بل أمانة فقط) .

ووردت في درر الحكّام (٢ : ١٩٤) بهذه الصيغة :

(الأمانة هي : الشيء الموجود عند الشخص الذي اتخذ أميناً سواء أجعل أمانة بعقد الاستحفاظ كالوديعة ، أم كان أمانة ضمن عقد كالمأجور والمستعار ، أو صار أمانة في يد شخص بدون عقد ولا قصد ، كما لو ألقت الريح في دار أحد مال جاره ، فنظراً لكونه لم يوجد عقد فلا يكون ذلك المال وديعة عند صاحب البيت ، بل أمانة فقط) .

قارن : الكفاية للخوارزمي ٧ : ٤٥١ ـ ٤٥٢ ، مجمع الأنهر ٢ : ٣٣٨ ، البحر الرائق ٧ : ٢٧٤ ، مغني المحتاج ٣ : ٩٠ .

(٢) انظر : الشرائع ٢ : ٤٠٢ ، المسالك ٥ : ٧٧ ، الحدائق ٢١ : ٣٩٥ ، الرياض ٩ : ٤٠٩ .

فالاستحفاظ ملحوظ في الجميع إمّا أصالةً أو تبعاً وباللازم .

فإن كان المراد من الاستحفاظ ما هو من النوع الأوّل فلا وجه لكاف التشبيه ؛ فإنّ العقد الذي لا يقصد منه إلاّ الاستحفاظ ليس إلاّ الوديعة ، وإن كان ما يعمّه والنوع الثاني لم يتجه قولها : (**أو كان أمانة ضمن عقد كالمأجور والمستعار**) بل حقّه أن تقول : كالوديعة وكالمأجور والمستعار ، أو دخل بطريق الأمانة بيد شخص بدون عقد ولا قصد ، كما لو ألقت الريح في دار أحد مال جاره ، فحيث كان بدون عقد لا يكون وديعة ، بل أمانة فقط .

وبهذا ظهر أنّ الوديعة أخص والأمانة أعمّ ، فإنّ المأجور والمستعار والذي ألقته الريح كلّها أمانة لا وديعة ، غايته أنّ الأولين أمانة مالكية والأخير أمانة شرعية .

ومنه ظهر :

(مادّة : ٧٦٣) الوديعة هي : المال الذي يوضع عند شخص لأجل الحفظ (١) .

ولا حاجة بعدها إلى توضيح الواضح في :

(مادّة : ٧٦٤) الإيداع هو : إحالة المالك محافظة ماله لآخر ، ويسمّى المستحفظ : مودِعاً بكسر الدال ، والذي يقبل الوديعة : وديعاً ومستودَعاً بفتح الدال (٢) .

---

(١) ورد : (إنسان) بدل : (شخص) في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٤٢٥ .
وورد : (يودع) بدل : (يوضع) في درر الحكّام ٢ : ١٩٨ .
راجع : المجموع ١٤ : ١٧١ ، تبيين الحقائق ٥ : ٧٦ ، مجمع الأنهر ٢ : ٣٣٧ ، البحر الرائق ٧ : ٢٧٣ ، تكملة شرح فتح القدير ٧ : ٤٥١ ، الشرح الصغير للدردير ٣ : ٥٤٩ .

(٢) ورد : (حفظ) بدل : (محافظة) في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٤٢٥ . ←

وباصطلاح فقهائنا : وديعاً [١] .

(مادّة : ٧٦٥) العارية هي : المال الذي ملّكت منفعته لآخر مجّاناً ، أي : بلا بدل ، ويسمّى : معاراً ، ومستعاراً [٢] .

تباعدت حقيقة العارية على أكثر الفقهاء كما ضاع عليهم حقائق أكثر العقود ، فقال بعضهم : إنّها تمليك المنفعة مجّاناً ، وقال آخرون : إنّها إباحة المنفعة وإباحة الانتفاع [٣] ، والفرق بينهما نادر .

← ولم يرد لفظ : (هو) ، وورد : (إلىٰ آخر) بدل : (لآخر) ، و : (يقال للمحيل) بدل : (يسمّىٰ المستحفظ) ، و : (للذي قبل) بدل : (الذي يقبل الوديعة) في درر الحكّام ٢ : ١٩٥ .

لاحظ : تكملة شرح فتح القدير ٧ : ٤٥١ ، حاشية الشلبي علىٰ تبيين الحقائق ٥ : ٧٦ .

(١) انظر : الحدائق ٢١ : ٣٩٨ ، الجواهر ٢٧ : ١٣٠ و ١٣٢ و ١٣٩ و ١٤٣ .

كما أنّه قد اصطلح فقهاؤنا على الذي يقبل الوديعة بالودعي .

وللمقارنة لاحظ : المختلف ٦ : ٣٢ ، المهذّب البارع ٣ : ٩ ، المسالك ٥ : ٨٨ و٩٥ و١٠٠ و١٠٣ و١١٩ و ١٢٤ ، الحدائق ٢١ : ٤٠٦ و٤١٥ و٤١٨ و٤٣٦ ، الجواهر ٢٧ : ١١٠ و١٢٤ و١٢٧ و١٢٩ و١٥٣ .

(٢) وردت المادّة نصّاً في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٤٢٥ .

وورد : (تمتلك) بدل : (ملّكت) ، و : (أو مستعاراً أيضاً) بدل : (ومستعاراً) في درر الحكام ٢ : ١٩٦ .

والتعريف المذكور في متن (المجلّة) هو تعريف الحنفيّة للعارية .

وعرّفها الشافعيّة بأنّها : إباحة الانتفاع بالشيء مع بقاء عينه .

وعرّفها المالكيّة بأنّها : إباحة تمليك منفعة مؤقّتة بلا عوض .

وعرّفها الحنابلة بأنّها : إباحة الانتفاع بعين من أعيان المال .

قارن : التنبيه ١٦٦ ، الفقه النافع ٣ : ٩٤٧ ، الغاية والتقريب ١٧٢ ـ ١٧٣ ، غاية البيان للرملي ٢٣٨ ، المغني ٥ : ٣٥٤ ، المجموع ١٤ : ١٩٩ ، تبيين الحقائق ٥ : ٨٣ ، شرح الكنز للعيني ٢ : ١٤١ ، البحر الرائق ٧ : ٢٨٠ ، تكملة شرح فتح القدير ٧ : ٤٥١ و ٤٦٤ ، إرشاد أُولي النهىٰ ٢ : ٩٠٣ ، شرح الزرقاني علىٰ مختصر خليل ٦ : ١٢٦ ، الشرح الصغير للدردير ٣ : ٥٧٠ ، حاشية ردّ المحتار ٥ : ٦٧٧ .

(٣) راجع ما ذُكر في الهامش السابق .

والحقيقة أنّها لا هذا ولا ذاك ، وإنّما هي : سلطنة خاصّة على العين للانتفاع بها ، كما أنّ الإجارة كذلك .

والفرق بينهما : أنّ العارية تسليط على العين بلا عوض ، والإجارة تسليط بعوض ، وكلاهما تسليط على العين للانتفاع ، ولازم هذا إباحة المنفعة أو إباحة الانتفاع ، وكأنّ القوم عبّروا عن هذا العقد بلازمه ، كما هو عادتهم في أغلب العقود ، بل وغيرها .

أمّا احتمال كونها تمليك المنفعة ذاتاً أو لازماً [١] فهو بعيد عن التحقيق جدّاً .

والاستدلال عليه : بأنّ المستعير له أن يعير ، ولولا الملكية لما كان له ذلك [٢] .

مدفوع : بأنّ الإعارة الثانية إن كانت بإذن المعير الأوّل ـ أي : المالك ـ صحّت ولا تدلّ على الملكية ، وإن كانت بغير إذنه منعنا جوازها أو تقع باطلة ، بل ودفعها بغير إذن المالك إلى المستعير الثاني حرام .

فالحقّ ما ذكرنا من : أنّه عقد أو إيقاع يفيد تسليط المالك غيره على العين للانتفاع بها مجّاناً .

وليس للمستعير أن يتجاوز مقدار الإذن من المعير ، فلو تجاوز ضمن وفعل حراماً ، ومع عدم التجاوز هي أمانة بيد المستعير لا يضمنها ـ لو تلفت ـ إلاّ بالتعدّي والتقصير ، كما في :

(مادّة : ٧٦٨) الأمانة لا تكون مضمونة .

---

(١) انظر : تبيين الحقائق ٥ : ٨٣ ، البحر الرائق ٧ : ٢٨٠ ، حاشية ردّ المحتار ٥ : ٦٧٧ .

(٢) قارن المصادر المذكورة في الهامش المتقدّم .

يعني : إذا هلكت أو ضاعت بلا صنع الأمين ولا تقصير منه لا يلزمه الضمان [١] .

---

(١) ورد : (غير) بدل : (لا تكون) ، و : (فإذا) بدل : (يعني : إذا) في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٤٢٦ .

ووردت المادّة في درر الحكّام (٢ : ٢٠٢) بصيغة :

(الأمانة غير مضمونة .

يعني : علىٰ تقدير هلاكها أو ضياعها بدون صنع الأمين وتقصيره لا يلزم الضمان) .

وهذا في غير العارية عند الحنابلة والشافعيّة ، فإنّ العارية عندهم مضمونة مطلقاً .

راجع : المهذّب للشيرازي ١ : ٣٦٣ ، تبيين الحقائق ٥ : ٧٦ ، الإنصاف ٦ : ١٠٤ ، مجمع الأنهر ١ : ٧٠٤ و ٢ : ٣٣٨ ، البحر الرائق ٥ : ١٥٠ .

[الباب الأوّل]

[في أحكام عموميّة تتعلّق بالأمانات]



وبعد أن ذكرت (المجلّة) أشهر أحكام الأمانة ـ وهو عدم الضمان ـ أخذت في ذكر بعض مصاديقها ومواردها في :

(مادّة : ٧٦٩) إذا وجد رجل في الطريق أو في محلٍّ آخر شيئاً فأخذه على سبيل التملّك يكون حكمه حكم الغاصب .

وعلى هذا ، إذا هلك المال أو ضاع ـ ولو بلا صنع أو تقصير منه ـ يصير ضامناً [1] .

كأنّها تشير إلى أنّ من استولى على مال الغير بغير إذنه إن أزال يده الحقّة فهو غصب ، وإن لم يزل يده بل وصل إليه بغير القهر من الأسباب فهو بحكم الغصب .

ومن هذا النوع من وجد مالاً في الطريق ـ أي : اللقطة ـ فأخذه بنيّة

---

(١) وردت المادّة بتقديم لفظ : (شيئاً) على : (في الطريق) ، وورد : (فإذا) بدل : (على هذا ، إذا) ، وبلحاظ ما سيذكره المصنّف ﷺ من تكملة هذه المادّة ورد : (ليردّه) بدل : (على أن يردّه) ووردت زيادة : (مالكه) قبل كلمة : (معلوماً) ، وورد : (يكون) بدل : (هو) ، ووردت زيادة كلمة : (أيضاً) آخر المادّة في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٤٢٦ .

ووردت المادّة في درر الحكّام (٢ : ٢٠٤) بالصيغة الآتية :

(إذا وجد شخص شيئاً في الطريق أو في محلٍّ آخر وأخذه على أنّه مال له ، يكون في حكم الغاصب .

وعلى هذا ، إذا هلك ذلك المال أو فقد يضمنه وإن لم يكن له صنع وتقصير .

وأمّا إذا أخذه على أن يعطيه لصاحبه ، فإن كان صاحبه معلوماً فهو في يده أمانة محضة ويجب عليه تسليمه إلى صاحبه ، وإن كان صاحبه غير معلوم فهو لقطة وأمانة في يد الملتقط ، أي : الشخص الذي وجده وأخذه) .

انظر : بدائع الصنائع ٨ : ٣٢٧ـ٣٢٨ ، مجمع الأنهر ١ : ٧٠٤ ، البحر الرائق ٥ : ١٥٠ ، اللباب ٢ : ٢٠٧ .

التملّك ، فإنّه وإن لم يكن غصباً ـ أي : الأخذ قهراً ـ ولكن تترتّب عليه أحكام الغصب من الحرمة والضمان مع التلف ـ ولو بغير تعدٍّ ولا تقصير ـ ووجوب الردّ مع عدمه .

(وأمّا لو أخذه على أن يردّه لمالكه ، فإن كان معلوماً كان في يده أمانة ويلزم تسليمه إلى مالكه ، وإن لم يكن معلوماً فهو لقطة وهو في يد ملتقطه أمانة) .

وهذا البيان غير مستوعب لأقسام العنوان .

وتحرير البحث : أنّ ما يقع بيد الإنسان من مال الغير بغير إذنه إن أخذه قهراً أو اختلاساً فهو الغصب ، وإن أخذه بغير ذلك وبغير قصد ردّه إلى مالكه فهو بحكم الغصب تترتّب عليه جميع أحكامه وضعية وتكليفية ، وإن أخذه بقصد ردّه إليه فإن كان مالكه معلوماً وجبت المبادرة إلى ردّه إليه ، وهو في ذلك الحال أمانة لا ضمان فيه إلاّ بالتعدّي ، ولو توانى خرج عن الأمانة وصار ضامناً مطلقاً ، وإن لم يكن معلوماً فإن كان قد وجده في الطريق أو في الصحراء أو غيرهما من المواضع العامّة فهو اللقطة وتجري عليه أحكامها ، وإن وجده في داره أو خزانته أو دكّانه ونحو ذلك من المواضع الخاصّة به ولا يعرف صاحبه كان من مجهول المالك وتجري عليه أحكامه ، وقصارى اللقطة والمجهول المالك أنّ مرجعهما أخيراً لحاكم الشرع .

وحيث إنّ اللقطة من مهمّات مباحث الفقه ، وهي عامة البلوى ، ولم تستوف (المجلّة) أحكامها ـ مع أنّها من صلب الأمانات ـ فاللازم أن نوفيها حقّها .

وقد تبيّن لك موضوعها في الجملة ، وتفصيله : أنّه عبارة : عمّا يؤخذ من المواضع العامّة من مال أو غيره من غير علم صاحبه به ولا إذنه ، وهو إمّا

حيوان أو جماد ، والحيوان إمّا إنسان أو غير إنسان .

فالإنسان هو اللقيط ، وقد عرّفوه بأنّه : إنسان ضائع لا كافل له ولا يستقلّ بنفسه [(١)] .

ويشمل المنبوذ والضائع ، والحرّ والعبد ، فالحرّ يردّ إلى أهله . والعبد إلى مالكه .

وأخذه مستحبٌّ ، فإن خيف عليه التلف وجب .

وإذا أخذه الملتقط وجب عليه حضانته بالمعروف ، وينفق عليه من بيت المال ، وإن لم يكن فمن الزكاة ، وإلاّ استعان بالمسلمين ، وإلاّ أنفق عليه ورجع به عليه بعد بلوغه ، أو على أهله إن وجدهم .

وهو مسلم إذا التقط في بلاد المسلمين ، أو في بلاد الكفر وفيها مسلم يحتمل كونه منه ، وولاؤه للإمام لا للملتقط .

ولو اختلف هو واللقيط بعد بلوغه أو أهله في أصل الإنفاق أو قدره يقدّم قول الملتقط في ما يوافق المعروف ، وهذا من موارد تقديم الظاهر على

---

(١) قارن : بدائع الصنائع ٨ : ٣١٧ ، الشرائع ٤ : ٧٩٩ ، التحرير ٢ : ١٢٣ ، التذكرة ٢ : ٢٧٠ ، نهاية المحتاج ٥ : ٤٤٦ ، الجواهر ٣٨ : ١٤٧ .

مع العلم بأنّ أصحاب الكتب المزبورة قد عبّروا بالصبي دون لفظ : (الإنسان) .

وقال الطباطبائي : (ومن هنا ينقدح وجه صحّة تعبير الماتن ـ كغيره ـ عن اللقيط بخصوص الصبي دون مطلق الإنسان الشامل له ولمن في حكمه كالمجنون ؛ لعدم صدق اللقيط عليه مطلقاً وإن لم يستقل بدفع المهلكات عن نفسه ؛ لأنّ ترتّب أحكام اللقيط عليه بالاسم دون الحاجة ، ودفع الضرر عن النفس المحترمة ؛ لاندفاعهما بإرجاع الأمر إلى الحاكم ومن في حكمه ، كما في البالغ العاقل لاتّفاقهم فيه على امتناع التقاطه ، ومع ذلك قالوا : نعم ، لو خاف على البالغ التلف في مهلكة وجب إنقاذه ، كما يجب إنقاذ الغريق ونحوه . وهو ـ كما ترى ـ ظاهر في دوران أحكام اللقيط مدار الاسم دون وجوب دفع الضرر) . (الرياض ١٤ : ١٣٨ ـ ١٣٩) .

الأصل، وهو ظاهر.

ولو التقطه اثنان وتشاحا أُقرع بينهما.

ويشترط في الملتقط: البلوغ، والعقل، بل والرشد على الأحوط، وكونه حرّاً، وإسلامه إن كان اللقيط مسلماً، بل وعدالته على الأحوط.

فلو فقد أحد هذه لم يكن لالتقاطه أثر، وجاز للغير أن يأخذه منه.

هذا كلّه في اللقيط، أي: الإنسان الملقوط.

أمّا لقطة الحيوان ـ وتعرف بالضالّة [١] وهي: الدابّة التي لا يعرف مالكها ـ فقد وردت أخبار تشعر بحرمة التقاطها [٢]، وهي محمولة على الكراهة جمعاً بينها وبين ما دلّ على الجواز [٣].

وترتفع الكراهة بخوف التلف عليها.

وإن كان صحيحاً في ماء وكلأ في غير مسبعة فالأولى تركه؛ لامتناعه.

ولو أخذها فتلفت قيل: يضمن [٤]، وهو مسلّم إن أخذها بنيّة التملّك أو

---

(١) انظر: المسالك ١٢: ٤٩٠، الرياض ١٤: ١٥٥، الجواهر ٣٨: ٢١٥.

(٢) كقول الرسول ﷺ: «لا يؤوي الضالّة إلاّ الضالّ» المروي في الوسائل اللقطة ١: ١٠ (٢٥: ٤٤١).

وكالذي روي عن الصادق عليه السلام أنّه قال: «سأل رجل رسول الله ﷺ عنّ الشاة الضالة بالفلاة... وسئل عن البعير الضالّ، فقال للسائل: ما لك وله ؟! خفّه حذاؤه، وكرشه سقاؤه، خلّ عنه».

لاحظ الوسائل اللقطة ١٣: ٥ (٢٥: ٤٥٩).

وكالذي رفعه الجارود العبدي إلىٰ النبي ﷺ أنّه قال: «ضالّة المسلم حرق النار، فلا تقربنّها».

راجع السنن الكبرىٰ للبيهقي ٦: ١٩١.

(٣) وتشعر به بعض الأخبار الواردة في المقام، كرواية عبد الله بن سنان ومسمع والسكوني عن الإمام الصادق عليه السلام.

لاحظ الوسائل اللقطة ١٣: ٢ ـ ٤ (٢٥: ٤٥٨ ـ ٤٥٩).

(٤) قارن: المسالك ١٢: ٤٩٣، الجواهر ٣٨: ٢٢١.

مع التفريط ، وإلاّ فلا .

ولو ترك من جهد في غير ماء أو كلأ كان أخذه مباحاً .

فإن أنفق عليها الملتقط حتّى أصلحها كانت له وليس لمالكها ؛ لقول أمير المؤمنين عليه السلام : « إن تركها في غير ماء ولا كلأ فهي للذي أحياها » [1] .

وأوضح منها صحيحة ابن سنان [2] وغيرها .

---

(١) قول الأمير عليه السلام ورد في رواية مسمع عن الصادق عليه السلام بهذا اللفظ : « إن تركها في كلأ وماء وأمن فهي له يأخذها متىٰ شاء ، وإن كان تركها في غير كلأ ولا ماء فهي لمن أحياها » .

وورد في رواية السكوني عن الصادق عليه السلام بلفظ :

« إن تركها في كلأ وماء وأمن فهي له يأخذها حيث أصابها ، وإن تركها في خوف وعلىٰ غير ماء ولا كلأ فهي لمن أصابها » .

انظر الوسائل اللقطة ١٣ : ٣ و٤ (٢٥ : ٤٥٨ ـ ٤٥٩) .

(٢) ونصّها ـ علىٰ ما في الوسائل اللقطة ١٣ : ٢ (٢٥ : ٤٥٨) ـ هو :

« من أصاب مالاً أو بعيراً في فلاة من الأرض ، قد كلّت وقامت ، وسيّبها صاحبها ممّا لم يتبعه ، فأخذها غيره ، فأقام عليها ، وأنفق نفقة حتىٰ أحياها من الكلال ومن الموت ، فهي له ، ولا سبيل له عليها ، وإنّما هي مثل الشيء المباح » .

وابن سنان هذا هو : عبد الله به سِنان بن طَريف الكوفي مولىٰ بني أبي طالب ، ويقال : مولىٰ بني العبّاس .

كان خازناً للمنصور والمهدي والهادي والرشيد .

ثقة من أصحابنا جليل لا يطعن عليه في شيءٍ ، كما عبّر بذلك النجاشي .

روىٰ عن الصادق عليه السلام ، وقيل : روىٰ كذلك عن موسىٰ الكاظم عليه السلام .

له كتب رواها عنه جماعة من الأصحاب ككتاب الصلاة الذي يعرف بعمل يوم وليلة ، وكتاب الصلاة الكبير ، وكتاب في سائر الأبواب من الحلال والحرام .

(رجال النجاشي ٢١٤ ، رجال الطوسي ٢٦٤ و٣٣٩ ، الفهرست ٢٩١ ، الخلاصة ١٩٢ ، مجمع الرجال ٤ : ٣ ، جامع الرواة ١ : ٤٨٧ ـ ٤٩١ ، نقد الرجال ٣ : ١١٢ ـ ١١٣ ، منتهىٰ المقال ٤ : ١٨٨ ـ ١٩٠) .

والعمل بها ـ وفاقاً لجمهور الأصحاب [١] ـ متعيّن وإن كانت على خلاف القاعدة .

ولعلّ الشارع جعل الإعراض هنا بالخصوص مزيلاً للملكية السابقة رفقاً بالحيوان ، ويكون من المباحات ، فيملكه الملتقط بالحيازة .

أمّا الشاة في الفلاة التي لا تمتنع من الوحش المفترس فيجوز أخذها بنيّة التملّك ، كما في الخبر المشهور : « هي لك ، أو لأخيك ، أو للذئب » [٢] .

إنّما الكلام في الضمان لو ظهر صاحبها كما تدلّ عليه بعض الأخبار [٣] ، أو عدمه كما هو ظاهر إطلاق : « هي لك . . . » في الخبر المشهور مضافاً إلى الأصل ، والأوّل أحوط إن لم يكن أقوى .

ولو دفعها لحاكم الشرع برِئ من الضمان قطعاً .

وهل يتوقّف تملّكها على تعريفها سنة أو أقل ، أو لا ؛ لإطلاق الخبر المتقدّم ؟ ولعلّه [أي : الأخير] الأقوى .

---

(١) نُسب للمشهور في المختلف ٦ : ٦٤ .
وادّعي عدم الخلاف فيه بين القدماء والمتأخّرين في الجواهر ٣٨ : ٢٢٧ .
إلاّ أنّه قد ذهب ابن حمزة إلىٰ : عدم جواز الأخذ مطلقاً ، وذلك في الوسيلة ٢٧٨ .
ولاحظ المسالك ١٢ : ٤٩٥ .

(٢) الفقيه ٣ : ٢٩٥ ، التهذيب ٦ : ٣٩٤ ، الوسائل اللقطة ١٣ : ١ و٥ و٧ (٢٥ : ٤٥٧ و٤٥٩ و٤٦٠) .
وقارن كذلك : الموطّأ ٢ : ٧٥٧ ، مسند أحمد ٤ : ١١٦ و١١٧ ، صحيح مسلم ٣ : ١٣٤٦ ـ ١٣٤٧ و١٣٤٨ ـ ١٣٤٩ ، سنن ابن ماجة ٢ : ٨٣٦ ـ ٨٣٧ ، سنن أبي داود ٢ : ١٣٥ ، سنن الترمذي ٣ : ٦٥٦ .

(٣) كصحيحة علي بن جعفر ، عن أخيه موسىٰ بن جعفر عليه السلام أنّه قال : سألته عن رجل أصاب شاة في الصحراء ، هل تحلّ له ؟ قال : « قال رسول الله صلى الله عليه وآله : هي لك أو لأخيك أو للذئب ، فخذها وعرّفها حيث أصبتها ، فإن عرّفت فردّها إلىٰ صاحبها ، وإن لم تعرّف فكلها ، وأنت ضامن لها إن جاء صاحبها يطلب ثمنها أن تردّها عليه » .
لاحظ الوسائل اللقطة ١٣ : ٧ (٢٥ : ٤٦٠) .

وكذا حكم كلّ ما لا يمتنع من السباع بعدو أو طيران حتّى مثل الدواجن كالدجاج ونحوه.

ولو وجدت الشاة في العمران حبسها ثلاثة أيام، فإن لم يجد صاحبها باعها وتصدّق بثمنها، فإن ظهر مالكها ولم يمض غرم له القيمة، وليس له تملّكها، بل إمّا أن يبقيها أمانة لمالكها وينفق عليها ويقاص من لبنها وصوفها، أو يبقيها ويبقي الثمن أمانة، أو يتصدّق به.

ولو دفعها أو قيمتها إلى الحاكم سلم من ذلك كلّه.

هذا موجز الكلام في لقطة الحيوان إنسان وغير إنسان.

أمّا لقطة المال الصامت فقد وردت جملة أخبار ظاهرة في حرمة التقاط المال في الحرم مطلقاً.

ففي رواية عن الكاظم عليه السلام: «لقطة الحرم لا تمس بيد ولا رجل، ولو أنّ الناس تركوها لجاء صاحبها وأخذها» (١).

ولكنّ المشهور الكراهة (٢).

وموضع البحث قصد التملّك، أمّا أخذها لحفظها أو ردّها إلى صاحبها

---

(١) ورد: «فأخذها» بدل: «وأخذها» في: التهذيب ٦: ٣٩٠، الوسائل اللقطة ١: ٣ (٢٥: ٤٣٩ - ٤٤٠).

(٢) نُسب الحكم للأشهر في المختلف ٦: ٥١.

ولاحظ: الشرائع ٤: ٨٠٦، المسالك ١٢: ٥١٤، مجمع الفائدة ١٠: ٤٧٠.

مع العلم بأنّ الطوسي في الخلاف (٣: ٥٧٩) ذهب إلى: الكراهة، وفي نفس المصدر السابق (٣: ٥٨٥) جوّز الأخذ من دون كراهة.

وكذلك الشهيد الأوّل في الدروس (٣: ٨٦) ذهب إلى: الكراهة، وفي نفس المصدر السابق (١: ٤٧٢) ذهب إلى: حرمة الأخذ.

وللاطلاع على المسألة راجع الجواهر ٣٨: ٢٨٣ - ٢٨٤.

فالظاهر الاتّفاق على جوازه [١]، وهو أمانة لا تضمن حينئذٍ إلاّ بالتفريط .

ثمّ إذا أخذه بهذا القصد عرّف به سنة ، فإن لم يظهر تصدّق به عن صاحبه ، ويضمن له لو ظهر بعد ذلك .

والقاعدة تقتضي عدم الضمان ؛ لأنّه أمانة شرعية وقد أنفقها بإذن الشارع .

ولو دفعها للحاكم فلا شيء عليه .

وما ذكرناه يطّرد في القليل والكثير .

أمّا لقطة غير الحرم فيحلّ منه ما كان دون الدرهم من غير تعريف ، ولو ظهر مالكه وعينه باقيه أخذها قطعاً ، فهي ملكية مراعاة ، أمّا لو كانت تالفة ففي الضمان وجهان ، بل قولان [٢] أقواهما العدم ؛ لإذن الشارع بذلك التصرّف ، وهو كإذن المالك أو أقوى .

أمّا الدرهم فما زاد فالواجب تعريفه حولاً ، فإن لم يظهر صاحبه تخيّر بين أن يتملّكه مع الضمان لو ظهر ، وبين الصدقة به على مستحق الزكاة عن صاحبه ـ وفي الضمان الوجهان السابقان وعدم الضمان هنا أقوى ـ وبين إبقائه أمانة لمالكه ، فلا يضمن إلاّ مع التفريط ، والدفع إلى الحاكم الشرعي أصحّ وأسلم .

والحكم العامّ في لقطة المال من الدرهم فما زاد هو : التعريف حولاً في ما يمكن فيه التعريف .

أمّا ما لا يمكن كالدراهم والدنانير غير المصرورة ولا في محفظة فقد

(١) انظر الجواهر ٣٨ : ٢٩٠ و٢٩٣ .

(٢) راجع المسألة في المختلف ٦ : ٥٧ ـ ٥٨ .

يقال : بسقوط تعريفها وجواز تملّكها بمجرّد التقاطها .

وهو مشكل ، ولو تحقّق هذا الفرض في بعض الأموال كان من مجهول المالك ، ويجري عليه حكمه ، ولا يجوز تملّكه بوجه مطلق .

كما أنّه لو وجد في المواقع العامّة ـ كالحمّام أو المساجد والمعابد ـ بدل ثيابه أو حذائه أو كتابه ، فإن علم أنّها لآخذ كتابه كانت من مجهول المالك لا اللقطة ، وإن لم يعلم أو علم العدم فهي لقطة ، وما لا يبقى أو يحتاج بقاؤه إلى علاج باعه أو قوّمه على نفسه وحفظ قيمته .

والأحوط مراجعة الحاكم في ذلك ؛ لأنّه الولي العامّ .

وأخذ اللقطة ـ بوجه عامٍّ ـ مكروه ، وفي بعض الأخبار : « لا يأخذ الضالّة إلاّ الضالّون » (١) .

وقد توجد خصوصيات مقامية تخرج عن الكراهة ، بل قد تصير مستحبّة أو واجبة .

وذكروا : أنّ الكراهة تتأكّد في ما تكثر منفعته وتقلّ قيمته ، كالعصا والنعل

---

(١) التهذيب ٦ : ٣٩٦ ، الوسائل اللقطة ١ : ١٠ (٢٥ : ٤٤١) .
وقارن : مسند أحمد ٤ : ٣٦٠ ، المعجم الكبير للطبراني ٢ : ٣٣٠ و ٣٣١ ، شرح معاني الآثار ٤ : ١٣٣ .
وورد الحديث بلفظ : « لا يؤوي الضالّة إلاّ ضالٌّ » في : سنن ابن ماجة ٢ : ٨٣٦ ، سنن أبي داود ٢ : ١٣٩ .
وبلفظ : « من آوىٰ ضالّة فهو ضالٌّ » في مسند أحمد ٤ : ٣١٧ .
وبلفظ : « لا يؤوي الضالّة إلاّ الضالّ » في الغوالي ٣ : ٤٨٤ .
وبلفظ : « لا يأكل من الضالّة إلاّ الضالّون » في الفقيه ٣ : ٢٩٢ .
وبلفظ : « لا يأكل الضالّة إلاّ الضالّون » في الوسائل اللقطة ١ : ٥ (٢٥ : ٤٤٠) .
وبلفظ : « الضوال لا يأكلها إلاّ الضالّون » في التهذيب ٦ : ٣٩٤ .

والإداوة وأمثالها [١]، كما تتأكّد الكراهة في الفاسق والمعسر [٢].

ويصحّ التقاط المال من كلّ من يصحّ منه التكسّب حتّى الصبي والمجنون، ويتولّىٰ حفظها والتعريف بها الولي.

ويستحبّ الإشهاد، بل قد يجب في أخذها وردّها، مضافاً إلى الإعلان والإنشاد في الحول حسب المتعارف.

وحيث إنّ اللقطة ـ كما عرفت ـ أمانة يجب ردّها إلى مالكها الواقعي، فلا يجوز دفعها إلى مدّعيها ما لم يثبت ملكه لها بالعلم أو ما يقوم مقامه شرعاً من الشاهدين العدلين أو الشاهد واليمين، ولا يكفي إعطاء أوصافها وإن كانت خفية، إلاّ مع حصول الاطمئنان بصدقه المتاخم للعلم.

وإذا دفعها بالأوصاف وقدّم غيره البيّنة أنّها له انتزعت من الأوّل ودفعت لذي البيّنة، وإن كان تالفة تخيّر في الرجوع على الدافع أو المتلف، فإن رجع على الأوّل رجع الأوّل على الثاني؛ لأنّ قرار الضمان عليه، ولذا لو رجع عليه رأساً لم يرجع على الأوّل.

ومن وجد مالاً في فلاة من الأرض أو مدفوناً في أرض ليس لها مالك ولم يكن عليه أثر الإسلام ملكه الواجد وإن كان في أراضي الإسلام، وإن

---

(١) في الرياض (١٤ : ١٨٢) : (عليه عامّة من تأخّر).
ونُسب ذلك إلىٰ المشهور في الجواهر ٣٨ : ٣٠٢ و٣٠٥ و٣٠٦.
ولاحظ المسالك ١٢ : ٥٢٠ و٥٢١ ـ ٥٢٢.
ولكن حرّم التقاط الإداوة والسوط : الحلبي في الكافي في الفقه ٣٥٠، والديلمي في المراسم ٢٠٦.
وحُكي هذا القول عن الصدوقين في المختلف ٦ : ٥٦.
أمّا الإداوة فهي : المِطْهَرَة، كما في الصحاح ٦ : ٢٢٦٦.

(٢) راجع المصادر المتقدّمة في الهامش السابق، وكذلك الروضة البهيّة ٧ : ١٠٦.

وجد عليه أثر الإسلام كان لقطة يجب تعريفها .

ولو كان للأرض مالك عرّفه ، فإن ادّعاه دفع له ، وإلاّ فلواجده مع انتفاء أثر الإسلام ، وإلاّ فهو لقطة .

ومثله : ما يوجد في جوف الدابّة أو السمكة إن كانت أهلية ، أمّا الوحشية والتي أُخذت من المياه العامّة جديداً لا يراجع بها المالك ، فإن كان عليه أثر الإسلام فلقطة ، وإلاّ فلواجده .

ومن وجد مالاً في صندوقه أو دكّانه أو داره ، فإن كان له شريك فيه عرّفه ، فإن ادّعاه أخذه بلا بيّنة ولا يمين ؛ لأنّه مدّعٍ بلا معارض ، وإن نفاه فهو لقطة لواجده .

وإن لم يكن له شريك فقد ذكروا : أنّه يكون لمالك الدكّان والدار ونحوهما ؛ لأنّه من توابع ملكه [1] ولم يجعلوه لقطة .

وهو محلّ نظر ، فليتأمّل .

هذا موجز البحث في اللقطة موضوعاً وحكماً ، وفيه ـ على اختصاره ـ غنىً وكفايةٌ ، وسيأتي لهذا البحث تتمة إن شاء الله تعالى .

و(المجلّة) ـ بمناسبة بحث الأمانة ـ استطردت إلى ذكر اللقطة استطراداً خفيفاً ، فلم توف حقّ الأمانة ، ولم تميّز بين الأمانة الشرعية والأمانة المالكيّة ، كما أنّها لم تستوف رؤوس مباحث اللقطة فضلاً عن ذيولها وتوابعها ، ولم تخصّص لها سوى مادّة واحدة ، وهي :

(مادّة : ٧٧٠) يلزم الملتقط أن يعلن أنّه وجد لقطة ، ويحفظ المال في يده أمانة إلى أن يوجد صاحبه ، وإذا ظهر أحد وأثبت أنّ تلك اللقطة ماله

---

(١) قارن : الرياض ١٤ : ١٩١ ، الجواهر ٣٨ : ٣٣٧ .

لزمه تسليمها [١].

وفي هذا أيضاً من التسامح أو الخلل ما لا يخفىٰ ؛ إذ ليس اللازم إعلان أنّه وجد لقطة ، بل اللازم طلب من ضاع له مال ، وهو المعبّر عنه : بالإنشاد ، أي : طلب صاحب المال ونشدانه في الجوامع والمحافل والأندية العامّة ونحوها ، ويقول مثلاً ـ نداءً أو كتابةً ـ : إنّه من ضاعت له دراهم فليراجع المحلّ الفلاني ، ونحو ذلك .

ولا يبعد أنّ أُجرة المنادي والناشد وما يتّصل بذلك على صاحب المال ، لا على الملتقط ؛ لأنّه محسن ، و : ﴿ مَا عَلَىٰ المحسِنينَ مِنْ سَبِيلٍ ﴾ [٢] .

ثمّ يبقىٰ المال بيده أمانة إلىٰ نهاية الحول أو حتّى يحصل اليأس ولو قبل الحول ، والنهاية هو الحول ، وبعده التفاصيل السابقة .

وإليه أشارت بقولها :

ويحفظ المال بيده أمانة إلى أن يوجد صاحبه ، وإذا حضر وأثبت أنّ تلك اللقطة ماله لزمه تسليمها .

وتحرير البحث في موجبات تسليم اللقطة : أنّه يجب بأُمور :

أحدها : و[هو] أقواها : حكم الحاكم ، وثبوت ذلك عنده .

---

(١) ورد : (واحد) بدل : (أحد) ، ووردت زيادة : (له) آخر المادّة في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٤٢٦ ـ ٤٢٧ .

ووردت المادّة في درر الحكّام (٢ : ٢١٥) بصيغة :

(يعلن الملتقط أنّه وجد لقطة ، ويحفظها عنده أمانة لبينما يظهر صاحبها ، فإذا ظهر شخص وأثبت أنّها ماله لزمه أن يسلّمه إيّاها) .

انظر : المغني ٦ : ٣١٩ و ٣٢٠ ، المجموع ١٥ : ٢٥٥ و ٢٦٨ ، تبيين الحقائق ٣ : ٣٠٢ و ٣٠٦ ، مجمع الأنهر ١ : ٧٠٤ ـ ٧٠٥ و ٧٠٨ ، البحر الرائق ٥ : ١٥٢ و ١٥٦ ، مغني المحتاج ٢ : ٤١٢ و ٤١٦ .

(٢) سورة التوبة ٩ : ٩١ .

فإذا سلّمها بحكم الحاكم خرج من العهدة ولم يبق عليه شيء حتّى لو ظهر خطأ الحاكم أو فساد حكمه .

ثانيها : قيام البيّنة عند الملتقط نفسه .

فإنّه يجب عليه تسليمها بشهادة العدلين أو العدل الواحد مع اليمين ، ويخرج بذلك من كلّ تبعة .

ثالثها : إقرار الملتقط بأنّها للمدّعي .

فإذا أقرّ وجب تسليمها للمقرّ له ، ولكن لا يخرج من العهدة .

ولو أقام آخر البيّنة أنّها له انتزعت من المقرّ له ودفعت لصاحب البيّنة ، وإن كانت تالفة رجع على أيٍّ منهما يشاء .

ولا يرجع المقرّ على المقرّ له لو أُخذت قيمتها منه حسب إقراره ، كما لا يرجع أيضاً الثاني على الأوّل لو أُخذت منه .

رابعها : بيان الأوصاف الخفية الموجبة للاطمئنان ، كما تقدّم قريباً [١] .

ولكن لا يخرج بها عن العهدة ، وحالها حال الإقرار .

وذكر شيخنا الشهيد (أعلى الله مقامه) في (اللمعة) ما نصّه :

(ولا تدفع إلاّ بالبيّنة ، لا بالأوصاف وإن خفيت . نعم ، يجوز الدفع بها) [٢] .

وقد يشكل : بأنّ الدفع إذا جاز وجب ؛ فإنّ الأوصاف إمّا أن تكون أمارة وحجّة كالبيّنة فيجب الدفع ، وإلاّ فلا يجوز .

ويمكن دفع هذا : بأنّ البيّنة حجّة شرعية قاطعة يجب العمل بها ، بخلاف

---

(١) تقدّم في ص ٤٣٤ .

(٢) اللمعة الدمشقيّة ٢٢٥ ، ولكن لا يوجد لفظ : (بها) .

الاعتماد على الأوصاف ، فإنّها لا تفيد سوى الظن ، وأقصاه جواز العمل به ما لم ينكشف الواقع ويظهر الخلاف ، فليتأمّل .

(مادّة : ٧٧١) إذا هلك مال شخص في يد آخر ، فإن كان أخذه إيّاه بدون إذن المالك ضمن بكلّ حال ، وإن كان أخذ ذلك المال بإذن صاحبه لا يضمن ؛ لأنّه أمانة في يده ؛ إلاّ إذا كان أخذه على سوم الشراء وسمّى الثمن فهلك المال لزمه الضمان .

مثلاً : إذا أخذ شخص إناء بلور من دكّان البائع بدون إذنه فوقع من يده فانكسر ضمن قيمته ، وأمّا إذا أخذه بإذن صاحبه فوقع من يده بلا قصد أثناء النظر وانكسر فلا يلزمه الضمان .

ولو وقع ذلك الإناء على آنية أُخرى فانكسرت تلك الآنية أيضاً لزمه ضمانها فقط ، وأمّا الإناء الأوّل فلا يلزمه ضمانه ؛ لأنّه أمانة في يده .

وأمّا لو قال لصاحب الدكّان : بكم هذا الإناء ؟ فقال له : بكذا قرشاً ، خذه ، فأخذه بيده فوقع على الأرض فانكسر ضمن ثمنه .

وكذا لو وقع كأس (الفقاعي) من يد أحد فانكسر ـ وهو يشرب ـ لا يلزمه الضمان ؛ لأنّه أمانة من قبيل العارية ، وأمّا لو وقع بسبب سوء استعماله فانكسر لزمه الضمان [1] .

---

(١) لكثرة الاختلافات الواردة في المتن المذكور مع ما في شرحي (المجلّة) المعتمدين ارتأينا سرد المادّة تماماً هنا حتّىٰ لا يضيق المجال بذكر الاختلافات ، ولكي يتمّ ذكر المادّة بقالب واحد .

ففي شرح المجلّة لسليم اللبناني (١ : ٤٢٧ ـ ٤٢٨) وردت المادّة بالصيغة الآتية :

(إذا هلك مال واحد في يد آخر قضاءً ، فإن كان قد أخذه بدون إذن مالكه ضمنه في كلّ حال ، وإن كان قد أخذه بإذن صاحبه فلا يضمن ؛ لأنّه أمانة في يده ، إلاّ إذا كان قد أخذه علىٰ سوم الشراء وسمّىٰ الثمن فهلك المال ؛ لأنّه حينئذٍ يلزمه الضمان .

←

خرج من قضايا اللقطة إلى أصل باب الأمانات ، وبهذا تريد (المجلّة) إعطاء الضابطة الكلّية والقاعدة الأصلية لضمان اليد .

وتحرير ذلك أن يقال : إنّ تلف مال إنسان بيد غيره لا يخلو إمّا أن يكون حصوله بيده كان بإذن المالك أو بإذن الشارع أو بدون إذن واحد منهما . وعلى الثاني فهو ضامن مطلقاً سواء كان بالتعدّي أو بدونه ، والأوّل إمّا أن يكون الإذن إذن معاوضة أو إذناً مجرّداً ، والثاني لا يوجب الضمان إلاّ مع التعدّي ، والأوّل يقتضي الضمان مطلقاً بالمثل أو القيمة بقاعدة : (ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده)[1] .

فتحصّل : أنّ الاستيلاء على مال الغير لا يخلو من ثلاثة أنواع :

الأوّل : ما خلى عن الإذن مطلقاً .

ويدخل فيه الغصب والسرقة والجحود والتعدّي عن الأمانة والغش

← مثلاً : إذا أخذ رجل إناء بلور من دكّان البائع بدون إذنه فوقع من يده وانكسر فإنّه يضمن قيمته ، أمّا إذا أخذه بإذن صاحبه فوقع من يده بلا قصد بينما هو ينظر إليه وانكسر فلا يلزمه الضمان .

ولو وقع ذلك الإناء على آنية أُخرى فانكسرت تلك الآنية أيضاً لزمه ضمانها فقط ، أمّا الإناء الأوّل فلا يلزمه ضمانه ؛ لأنّه أمانة في يده .

ولكن لو قال لصاحب الدكّان : بكم هذا الإناء ؟ فقال له صاحب الدكّان : بكذا ، خذه ، فأخذه بيده فوقع للأرض وانكسر ضمن ثمنه .

وكذا لو وقع كأس الفقاعي من يد واحد فانكسر ـ وهو يشرب ـ لا يلزمه الضمان ؛ لأنّه من قبيل العارية ، أمّا لو وقع بسبب سوء استعماله فانكسر لزمه الضمان) .

وجاء شبيه ذلك في درر الحكّام ٢ : ٢١٦ .

قارن : بدائع الصنائع ٨ : ٣٦٤ ، الفتاوىٰ الخانية ٢ : ١٢٣ و١٢٩ و٢٦٤ ، تكملة حاشية ردّ المحتار ٨ : ٣٧٨ .

(١) تقدّم الكلام في هذه القاعدة في ج ١ ص ٢٥١ .

والتدليس وأشباه ذلك ، وهو كثير ، وحكمه الضمان مطلقاً .

ومنه : المال المقبوض اشتباهاً ، كما لو دفع القصّار ثوب زيد لغيره ، فتلف في يده ، ولزيد حقّ الرجوع به على القصّار حينئذٍ ، إلاّ مع الغرور .

وكذا لو تخيّل أنّ مال زيد ماله فأخذه ، فتلف في يده ، فإنّه ضامن له بقاعدة اليد .

الثاني : ما كان عن إذن ، ولكن إذن معاوضة ، وهي إمّا على العين باعتبار ذاتها ، أو عليها باعتبار بعض شؤونها .

ومن هذا النوع : الإجارة والمزارعة والمساقاة وأضرابها .

وهذه تلحق بالأمانات ، ولا ضمان فيها إلاّ مع التعدّي والتفريط .

ومن الأوّل : المقبوض بالعقد الفاسد والمقبوض بالسوم ، وهو ضماني مطلقاً ؛ للقاعدة المتقدّمة : (ما يضمن بصحيحه . . .) .

الثالث : ما كان عن إذن مجرّد عن كلّ معاوضة .

وهو باب الأمانات بجميع أنواعها شرعية أو مالكية .

ومن أظهر أنواع الثاني : الوديعة والعارية ، ومن أظهر أنواع الأوّل : اللقطة ومجهول المالك وباب الحسبة كقبض عدول المؤمنين للوقف الذي لا متولّي له ومال اليتيم الذي لا قيّم له والغائب الذي لا وكيل له حيث لا يوجد الولي العامّ وهو الحاكم أو إلى زمن إمكان مراجعته .

ولا ضمان في الجميع ، إلاّ مع التعدّي والتفريط .

هذا تمام أنواع الاستيلاء على مال الغير وأحكامها .

ومنه تعرف عدم استيفاء (المجلّة) لأنواع هذا البحث ، كما يتّضح بما ذكرناه من الأمثلة المدرجة في هذه المادّة بقولها : **مثلاً : إذا أخذ شخص إناء بلور** [. . .] الخ .

(مادّة : ٧٧٢) الإذن دلالةً كالإذن صراحةً ، وأمّا إذا وجد النهي صراحةً فلا عبرة بالإذن دلالةً .

مثلاً : إذا دخل شخص دار آخر بإذنه فوجد إناءً معدّاً للشراب فهو مأذون دلالةً بالشرب به ، فإذا أخذ ذلك الإناء ليشرب به ، فوقع من يده ـ وهو يشرب ـ فلا ضمان عليه ، وأمّا إذا نهاه صاحب الدار عن الشرب به ، ثمّ أخذه ليشرب به ، فوقع من يده وانكسر ، فيضمن قيمته [١] .

وملاك كلّ ذلك القواعد المقرّرة في الاستعمال وأُصول الفهم والتفاهم ، ومنها قاعدة : (تقديم النصّ على الظاهر ، والأظهر على الظاهر) .

---

(١) وردت المادّة دون ذكر حرف العطف الأوّل (الواو) ، وورد : (رجل) بدل : (شخص) ، و : (للشرب) بدل : (للشراب) ، و : (بالشرب منه) بدل : (بالشرب به) ، وورد كذلك الشطر الأخير من المادّة دون ذكر حرف العطف (الواو) ، ودون ذكر : (به) في : (ليشرب به) ، وورد : (ضمن) بدل : (فيضمن) في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٤٢٨ .

ووردت في درر الحكّام (٢ : ٢٢٠) بهذه الصيغة :

(الإذن دلالةً كالإذن صراحةً . بيد أنّه عند وجود النهي صراحةً لا اعتبار بالدلالة .

مثلاً : إذا دخل رجل بيت آخر فهو مأذون دلالةً بشرب الماء بالإناء المخصوص له ، وإذا سقط من يده قضاءً ـ وهو يشرب ـ وانكسر لا يلزم الضمان .

ولكن إذا أخذه بيده مع أنّ صاحب البيت نهاه بقوله : لا تمسّه ، فسقط وانكسر يصير ضامناً) .

الباب الثاني

في الوديعة

ويشتمل على فصلين



الفصل الأوّل

في

بيان المسائل المتعلّقة بعقد الإيداع وشروطه

الوديعة ـ كما عرفت [1] ـ هي الأمانة الخاصّة، وأحسن تعريف لها: أنّها استنابة في الحفظ [2].

وحيث إنّها تتقوّم بطرفين ولا يتحقّق أثرها بطرف واحد، لذلك كانت من العقود المتوقّفة على إيجاب وقبول، كما في:

(مادّة: ٧٧٣) ينعقد الإيداع بالإيجاب والقبول صراحةً أو دلالةً [3].

---

(١) وذلك في ص ٤١٥ و٤١٦ و٤١٧.

(٢) كما عرّفها بذلك: الحلّي في الشرائع ٢: ٤٠٢، والشهيد الثاني في المسالك ٥: ٧٧، والطباطبائي في الرياض ٩: ٤٠٩، والنجفي في الجواهر ٢٧: ٩٧.

(٣) بلحاظ تكملة المادّة والتي سيذكرها المصنّف عمّا قريب، وردت عبارة: (أمّا لو قال صاحب الدكّان: لا أقبله، فلا ينعقد الإيداع حينئذٍ) بدل عبارة: (وأمّا لو ردّ صاحب الدكّان الإيداع ـ بأن قال: لا أقبل ـ فلا ينعقد الإيداع حينئذٍ)، وورد: (تعيّن) بدل: (فبما أنّه يتعيّن)، و: (في الآخر، ومن ثمّ) بدل: (أخيراً).

كلّ ذلك ورد في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١: ٤٢٩ ـ ٤٣٠.

ووردت المادّة في درر الحكّام (٢: ٢٢٤) بالصيغة التالية:

(ينعقد الإيداع بالإيجاب والقبول دلالةً أو صراحةً.

مثلاً: لو قال صاحب الوديعة: أودعتك هذا المال، أو: أمّنتك عليه، فقال المستودع أيضاً: قبلت، ينعقد الإيداع صراحةً.

وإذا دخل شخص إلى الخان، وقال لصاحب الخان: أين أربط حيواني؟ فأراه محلاً، وربط ←

ولا إشكال في انعقاده بالقول الصريح ، مثل : أودعتك ، أو : احفظها عنّي ، ويقول الآخر : قبلت ، وباللازم [مثل :] اجعلها عندك ، أو : صيّرها مع أموالك ، وأمثال ذلك ممّا ذكرته (المجلة) :

مثلاً : إذا قال صاحب الوديعة : أودعتك هذا الشيء ، أو : جعلته أمانة عندك ، فقال المستودع : قبلت ، انعقد الإيداع صراحةً .

وكذا لو دخل شخص خاناً ، فقال لصاحب الخان : أين أربط دابّتي ؟ فأراه محلاً ، فربط الدابّة فيه ، انعقد الإيداع دلالةً .

وكذلك إذا وضع رجل ماله في دكّان ، فرآه صاحب الدكّان وسكت ، ثمّ ترك الرجل ذلك المال وانصرف ، صار ذلك المال عند صاحب الدكّان وديعة .

وأمّا لو ردّ صاحب الدكّان الإيداع ـ بأن قال : لا أقبل ـ فلا ينعقد

← حيوانه فيه ، ينعقد الإيداع دلالةً .

وكذلك إذا ترك شخص ماله بجانب صاحب الدكّان وذهب ورآه هو أيضاً وسكت يكون ذلك المال وديعة عند صاحب الدكّان .

وإذا ترك رجل ماله بجانب صاحب دكّان قائلاً له : هذا وديعة عندك ، وذهب ورآه هو أيضاً وسكت ينعقد الإيداع .

وإن قال صاحب الدكّان : لا أقبل ، وردّه ، لا ينعقد الإيداع .

وإذا ترك شخص ماله بجانب جملة أشخاص علىٰ سبيل الوديعة وذهب ورأوه هم أيضاً وسكتوا يكون ذلك المال وديعة عندهم جميعاً .

ولكن إذا انصرفوا من ذلك المحلّ الواحد بعد الآخر يتعيّن الذي بقىٰ أخيراً للحفظ ، ويكون المال وديعة عنده) .

انظر : بدائع الصنائع ٨ : ٣٥١ ، تبيين الحقائق ٥ : ٧٦ ، البناية في شرح الهداية ٩ : ١٣١ ، مجمع الأنهر ٢ : ٣٣٧ ، البحر الرائق ٧ : ٢٧٣ ، الفتاوىٰ الهندية ٤ : ٣٣٨ ، تكملة حاشية ردّ المحتار ٨ : ٣٢٩ ـ ٣٣١ .

الإيداع حينئذٍ .

وكذا إذا وضع رجل ماله عند جماعة على سبيل الوديعة وانصرف وهم يرونه وبقوا ساكتين صار ذلك المال وديعة عند جميعهم ، فإذا قاموا واحداً بعد واحد وانصرفوا من ذلك المحلّ فبما أنّه يتعيّن حينئذٍ على من بقي منهم أخيراً يصير المال وديعة عند الأخير فقط .

كلّ ذلك حيث يكون السكوت دالاً على الرضا والالتزام ، فيكون وديعة معاطاتية ، ويترتّب عليها الحكم التكليفي وهو وجوب الحفظ .

والوديعة العقدية والمعاطاتية سواء في عدم اللزوم ، كما في :

(مادّة : ٧٧٤) لكلٍّ من المودع والمستودع فسخ عقد الإيداع متى شاء [١] .

وإذا فسخ أحدهما وجب ردّ الوديعة إن طالب بها صاحبها ، كما هو حكم الأمانة المالكيّة ، فإذا طلبها ولم يدفعها الودعي صار بحكم الغاصب وضمنها مطلقاً .

وحيث عرفت أنّها عقد ، فيعتبر فيها ما يعتبر في سائر العقود من كونها مقدورة التسليم من عاقلين بالغين أو مميّزين ، كما نصّت عليه :

(مادّة : ٧٧٥) يشترط كون الوديعة قابلة لوضع اليد عليها وصالحة للقبض .

فلا يصحّ إيداع الطير في الهواء [٢] .

---

(١) راجع : المغني ٧ : ٢٨٠ ، البحر الرائق ٧ : ٢٧٣ .

(٢) ورد : (أن تكون) بدل : (كون) في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٤٣٠ .

ووردت المادّة في درر الحكّام (٢ : ٢٢٨) بلفظ :

←

إلاّ إذا كان ممّا تعوّد على العود .

و(**مادّة : ٧٧٦) يشترط كون المودع والمستودع عاقلين مميّزين ، وأمّا كونهما بالغين فليس بشرط .**

فلا يصحّ إيداع المجنون والصبي غير المميّز ولا قبولهما الوديعة ، وأمّا الصبي المميّز المأذون فيصحّ إيداعه وقبوله الوديعة [١] .

فلو أودع الصبي أو المجنون وقبض الودعي كان غاصباً ويضمن مطلقاً .

أمّا الإيداع عند الصبي أو المجنون فإن وجدها صاحبها أخذها ، وإن تلفت فلا ضمان أصلاً ؛ لأنّه هو الذي أسقط حرمة ماله .

أمّا لو كان جاهلاً بجنونه أو عدم بلوغه فلا يبعد الضمان من ماله مطلقاً ، وإذا مات أخذه من تركته .

← **(يشترط في الوديعة أن تكون قابلة لوضع اليد وصالحة للقبض .**
فبناءً عليه لا يصحّ إيداع الطير الطائر في الهواء) .
لاحظ : مجمع الأنهر ٢ : ٣٣٧ ـ ٣٣٨ ، البحر الرائق ٧ : ٢٧٣ ، تكملة حاشية ردّ المحتار ٨ : ٣٣٢ .

(١) ورد : (أن يكون) بدل : (كون) ، و : (أمّا بلوغهما) بدل : (وأمّا كونهما بالغين) ، و : (ومن ثمّ لا) بدل : (فلا) في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٤٣٠ .
ووردت المادّة في درر الحكّام (٢ : ٢٢٩) بالصيغة التالية :
(يشترط في صحّة عقد الوديعة أن يكون المودع والمستودع عاقلين مميّزين ، ولا يشترط كونهما بالغين .
فبناءً عليه إيداع المجنون والصبي غير المميّز وقبولهما الوديعة غير صحيح ، وأمّا إيداع الصبي المميّز المأذون وقبوله الوديعة فهو صحيح) .
قارن : بدائع الصنائع ٨ : ٣٥٢ ، مجمع الأنهر ٢ : ٣٣٨ ، البحر الرائق ٧ : ٢٧٣ ، الفتاوىٰ الهندية ٤ : ٣٣٨ و ٣٤٥ .

الفصل الثاني

في أحكام الوديعة وضمانها

(مادّة : ٧٧٧) الوديعة أمانة في يد الوديع .

بناءً عليه إذا هلكت بلا تعدٍّ من المستودع وبدون صنعه وتقصيره في الحفظ فلا يلزم الضمان ، إلاّ أنّه إذا كان الإيداع بأُجرة على حفظ الوديعة [فهلكت] أو ضاعت بسبب يمكن التحرّز منه لزم المستودع ضمانها .

مثلاً : لو وقعت الساعة المودعة من يد الوديع بلا صنعه فانكسرت لا يلزم الضمان ، أمّا لو وطئت الساعة بالرجل أو وقع من اليد عليها شيء فانكسرت لزم الضمان [١] .

---

(١) بلحاظ تكملة المادّة التي ستُذكر عمّا قريب ورد : (فإذا) بدل : (بناءً عليه إذا) ، و : (منه) بدل : (من المستودع) ، و : (لا يضمن) بدل : (فلا يلزم الضمان) ، و : (لكن) بدل : (إلاّ أنّه) ، ولم يرد : (على حفظ الوديعة) ، وورد : (عنه) بدل : (منه) ، وورد : (فلا يضمن) بدل : (لا يلزم الضمان) ، و : (عليها شيء من اليد) بدل : (من اليد عليها شيء) ، و : (وجب) بدل : (لزم) ، و : (إذا أودع) بدل : (لو أودع) ، ووردت زيادة كلمة : (المال) بعد : (فضاع) ، وورد : (فالمستودع ضامن) بدل : (فيلزم المستودع الضمان) .

كل ذلك ورد في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٤٣١ .

ووردت المادّة في درر الحكّام (٢ : ٢٣١) بالصيغة الآتية :

(الوديعة أمانة بيد المستودع .

بناءً عليه إذا هلكت أو فقدت بدون صنع المستودع وتعدّيه وتقصيره في الحفظ لا يلزم الضمان .

فقط إذا أودعت بأُجرة لأجل الحفظ وهلكت بسبب ممكن التحرّز كالسرقة تكون مضمونة .

مثلاً : إذا سقطت الساعة المودوعة من يد رجل قضاءً وانكسرت لا يلزم الضمان .

←

لا نعرف وجهاً لهذا الاستثناء ، فإنّ الأمانة مطلقاً يجب حفظها حسب الإمكان ، فإذا هلكت وكان يمكنه التحرّز من هلاكها فهو مقصّر في حفظها ، ويكون ضامناً سواء كان بأُجرة أو بغير أُجرة ، وإذا هلكت وكان لا يمكنه التحرّز فهو معذور ولا ضمان عليه ، فأين موضع الاستثناء ؟!

ثمّ لا يخفى أنّ الوديعة والأُجرة لا يجتمعان ، وهو أشبه بجمع الضدين أو النقيضين ، كقضية الهبة والعوض ، فإنّ الوديعة مأخوذ في حقيقتها اعتبار المجّانية كالهبة ، أمّا إذا أُخذت الأُجرة على الوديعة ـ أي : على حفظها ـ فقد خرجت عن كونها وديعة ودخلت في باب الإجارة وجرى عليه أحكامها ، فتدبّر ولا يشتبه عليك الأمر .

والعين المستأجرة أيضاً هي أمانة يجب التحرّز عن هلاكها بكلّ ما يمكن ، فلو قصّر في ذلك فهو ضامن لها كضمانه للوديعة .

أمّا الأمثلة التي ذكرتها (المجلّة) فهي تختلف حسب الظروف والأحوال والخصوصيات المقامية ، وليس لها ضابطة كلّية ، فقد يكون وقوع الساعة من يد المستودع في بعض الأحوال تقصيراً أو تفريطاً يوجب الضمان وقد لا يكون ، كما أنّ وطءها بالرجل أو وقوع شيء من اليد فينكسر قد لا يكون

← **وأمّا إذا وطأها برجله أو سقط من يده شيء عليها وانكسرت لزم الضمان .**

كذلك إذا أعطىٰ رجل لآخر أُجرة لأجل إيداع وحفظ ماله ثمّ فقد ذلك المال بسبب ممكن التحرّز كالسرقة لزم الضمان علىٰ المستودع) .

وللمقارنة راجع : البداية في شرح الهداية ٩ : ١٣٢ ، اللباب ٢ : ١٩٦ ، تكملة حاشية ردّ المحتار ٨ : ٣٣٤ .

ولكن الزيلعي وكذلك ابن نجيم لم يفرّقا في الحكم بين أن يكون الشيء ممّا يمكن التحرّز منه أو لا .

انظر : تبيين الحقائق ٥ : ٧٧ ، البحر الرائق ٧ : ٢٧٤ .

تقصيراً ، وقد يكون .

كذلك إذا أودع رجل ماله عند آخره ، وأعطاه أُجره على حفظه ، فضاع بسبب يمكن التحرّز منه كالسرقة ، فيلزم المستودع الضمان .

وفي هذا المثال خلل من جهات أوضحها : أنّ السرقة تختلف ، فقد تكون من تساهل المسروق وعدم أخذه بالاحتياط في التحفّظ ، فيكون تقصيراً موجباً للضمان ، وقد تقع مع غاية التحفّظ ، فالإطلاق غير متجه .

كما أنّها في المورد الذي تكون فيه موجبة للضمان لا فرق بين إعطاء الأُجرة وعدمه .

وهكذا الكلام في :

(مادّة : ٧٧٨) إذا وقع من يد خادم المستودع شيء على الوديعة فتلفت لزم الخادم الضمان [١] .

فإنّ هذا الإطلاق ليس في محلّه ، بل قد يكون تفريطاً فيضمن ، وقد لا يكون .

(مادّة : ٧٧٩) فعل ما لا يرضى به المودع في حقّ الوديعة تعدٍّ من الفاعل [٢] .

---

(١) وردت المادّة نصّاً في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٤٣١ .

ووردت بتقديم لفظة : (شيء) على : (من يد خادم المستودع) ، وورد : (يكون الخادم ضامناً) بدل : (لزم الخادم الضمان) في درر الحكّام ٢ : ٢٣٥ .

قارن الفتاوىٰ الهندية ٤ : ٣٤٧ .

(٢) وردت المادّة نصّاً في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٤٣١ .

ووردت في درر الحكّام (٢ : ٢٣٥) بالنصّ التالي :

(فعل ما لا يرضاه صاحب الوديعة في حق الوديعة تعدٍّ) .

لاحظ : الفتاوىٰ الهندية ٤ : ٣٣٨ ، اللباب ٢ : ١٩٨ .

شاع عند الفقهاء ـ في باب الأمانات ـ استعمال لفظي : التعدّي والتفريط أو التقصير [١] .

و(المجلّة) كأنّها تريد إعطاء الضابطة للتعدّي ، ولكنّ الضابطة التي ذكرتها ـ مع إجمالها ـ ناقصة بتراء ، فإنّ ما لا يرضى به المودع إن صرّح به في العقد لزم على الودعي أن لا يتجاوزه ، فلو خالفه كان تعدّياً ، وإلاّ لا يكون تعدّياً في ما لو كان الودعي لا يعلم ما يوافق رضا المالك وما لا يوافقه .

وبالجملة : فهذه الضابطة قليلة الفائدة مع أنّها غير جامعة .

وتحرير البحث : أنّ التعدّي أفعال والتفريط تروك ، فلبس الثوب وركوب الدابّة بغير الإذن أو بغير المتعارف تعدٍّ ، فلو تلفت في ذلك الحال ـ ولو تلفاً سماوياً ـ كان ضامناً ؛ لخروجه عن الأمانة بالتعدّي ، ولكن إهمال حفظها وعدم وضعها في مكان حريز تروك ، وهي توجب الضمان ، وإليه ترجع أكثر الأفعال ، فإنّ أخذ الوديعة معه في السفر أو لبس الثوب وأضرابه وإن كانت أفعالاً ، ولكن ترجع إلى التقصير في الحفظ وترك التحرّز .

إذاً فالضابطة الكلّية والقول الجامع هو أن يقال :

إنّ كلّ ما يعدّ عرفاً إهمالاً وتركاً للتحفّظ والتحرّز فهو تعدٍّ وتفريط ، وهو يختلف باختلاف الزمان والمكان والأشخاص وأنواع الأمانات في الحفظ ، والفيصل فيه العرف .

نعم ، لا إشكال أنّ شرط المودع لازم ، فلو تعدّاه كان تعدّياً سواء كان إهمالاً بنظر العرف أم لا .

---

(١) ذكرُ ذلك في كتب الفقهاء من الفريقين مستفيض ، وعلىٰ سبيل المثال راجع : الخلاف ٤ : ١٧٢ ، المغني ٧ : ٢٩٦ ، المجموع ١٤ : ١٨٩ و ١٩٤ ، المسالك ٥ : ١٠١ ، الجواهر ٢٧ : ١٢٨ .

وبعد هذا فلا حاجة بل لا فائدة في تكثير الأمثلة، وأنّ أخذ الأمانة معه في السفر تعدٍّ أو تفريط، أوَ ليس كذلك ؟!

وكذا إذا وضع الدابّة في الإصطبل وترك الباب مفتوحاً، وكذا إذا وضع الثوب أو الجوهر في الغرفة ولم يضعه في الصندوق أو الخزانة، وهلّم جرّاً.

نعم، لا ريب في أنّه لو أنكر الوديعة خرج عن الأمانة وضمن مطلقاً.

ولو رجع إلى الاعتراف فهل ترجع صفة الأمانة فلا يضمن لو تلفت ـ بتلك الحال ـ تلفاً سماوياً، أو لا ترجع فيبقى الضمان على إطلاقه ؟

المسألة في غاية الإشكال، والأوّل أقرب من حيث القواعد، والثاني أحوط، والله أعلم.

أمّا لو كان الإنكار لمصلحة ـ كدفع ظالم أو ردّ تهمة أو خوف سارق وما أشبه ذلك ـ فهو عين الأمانة.

(مادّة : ٧٨٠) الوديعة يحفظها المستودع بنفسه أو يستحفظها أمينه كمال نفسه، فإذا هلكت في يده أو عند أمينه فلا ضمان عليه ولا على أمينه [(١)].

اعلم أنّ الأصل الأوّلي والقاعدة الكلّية هي : حرمة كلّ تصرّف يتصرّفه المستودع في الوديعة، إلاّ مقدار ما نصّ عليه المودع وأذن فيه، أو كان

---

(١) قبل عبارة : (فلا ضمان عليه) وردت زيادة : (بلا تعدٍّ ولا تقصير) في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٤٣٢.

ووردت المادّة في درر الحكّام (٢ : ٢٣٩) بصيغة :

(يحفظ المستودع الوديعة مثل ماله بالذات أو بواسطة أمينه، وإذا هلكت أو فقدت عند أمينه بلا تعدٍّ ولا تقصير لا يلزم الضمان على المستودع ولا على الأمين).

قارن : تبيين الحقائق ٥ : ٧٧، البناية في شرح الهداية ٢ : ١٣٣، مجمع الأنهر ٢ : ٣٣٩، البحر الرائق ٧ : ٢٧٤، الفتاوىٰ الهندية ٤ : ٣٣٩، اللباب ٢ : ١٩٦.

الإطلاق أو الانصراف يقتضيه .

ومعنى هذا : أنّ كلّ تصرّف يشكّ المستودع في حلّيته فهو حرام ، ولو فعله ـ مع الشكّ ـ خرج عن الأمانة وصار ضامناً حتّى مع عدم التعدّي والتفريط .

وعليه فالقدر المتيقّن الحفظ بنفسه ، أمّا الحفظ بأمينه من عيال أو غيرهم فإن كان من غير دفعها لهم ، بل كانت في حوزته ـ كما لو وضعها في صندوقه أو خزانته ـ وأمرهم بالمحافظة عليها من غير دفع لهم وتسليم ، فلا ينبغي الإشكال في جوازه ، ولا ضمان عليه ولا عليهم لو تلفت من غير تفريط . أمّا تسليمها لهم بغير إذن صريح أو مع الشكّ في رضاه فغير جائز ولو كانوا أمناء .

وحينئذٍ فلو تلفت كانت مضمونة ، وللمودع الرجوع على الودعي وعلى أمينه الذي تلفت عنده ، وهو يرجع على الودعي إن كان قد غرّه كما لو كان جاهلاً ، أمّا مع علمه فلا رجوع ويكون قرار الضمان عليه .

أمّا لو رجع على الودعي فلا رجوع له على أمينه مع جهله ، وإلاّ رجع عليه .

ومن كلّ هذا يظهر لك الخلل في عبارة (المجلّة) بإطلاق قولها :

(فإذا هلكت في يده أو عند أمينه فلا ضمان عليه ولا على أمينه) .

(مادّة : ٧٨١) للمستودع أن يحفظ الوديعة في المحلّ الذي يحفظ فيه ماله [١] .

---

(١) وردت المادّة نصّاً في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٤٣٢ .

ووردت في درر الحكام (٢ : ٢٤٢) بالصيغة التالية :

←

تختلف مواضع حفظ الأموال باختلاف أنواع الأموال ، فموضع حفظ الدابّة وهو الإصطبل ـ مثلاً ـ غير محلّ حفظ الثياب وهو الصندوق أو الدولاب ، ومحلّ حفظ الدراهم والجواهر وهو الحقيبة وصندوق الحديد غير محلّ حفظ الكتب وهو الخزانة ، وهكذا .

فالواجب على الودعي أن يحفظ الوديعة في المحلّ المتعارف لحفظها ، فلو تعدّاه ضمن .

والمراد من المحلّ الذي يحفظ ماله هو هذا المعنى ، لا أنّه المحلّ الذي يحفظ ماله وإن لم يكن من المتعارف حفظها فيه .

فلو تسامح في ثيابه فوضعها في الغرفة وحقّها أن تحفظ في الخزانة كان ضامناً ، كما لا يجوز له أن يضع الوديعة أيضاً في الغرفة كما هو واضح ، ولو كانت داره خربة أو قصيرة الجدران فلا يلزم وضعها في دار أُخرى ، وهكذا سائر الجهات .

وإلى ما ذكر تنظر :

(مادّة : ٧٨٢) يلزم حفظ الوديعة في حرز مثلها .

بناءً عليه وضع مثل : النقود والمجوهرات في إصطبل الدوابّ أو التبن تقصير في الحفظ .

وبهذه الحال إذا ضاعت الوديعة أو هلكت لزم الضمان [1] .

← **(للمستودع أن يحفظ الوديعة حيث يحفظ مال نفسه) .**

انظر : بدائع الصنائع ٨ : ٣٥٧ ، الفتاوىٰ الهندية ٤ : ٣٤٠ ، تكملة حاشية ردّ المحتار ٨ : ٣٧٨ .

(١) ورد : (فوضع) بدل : (بناءً عليه وضع) في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٤٣٣ .

ووردت المادّة في درر الحكّام (٢ : ٢٤٣) بالصيغة الآتية :

←

(مادّة : ٧٨٣) إذا كان المستودع جماعة متعدّدين ، فإن لم تكن الوديعة قابلة للقسمة يحفظها أحدهم بإذن الباقين أو يجعلونها مناوبة .

وبهاتين الصورتين إذا هلكت الوديعة بلا تقصير فلا ضمان على أحدهم .

وإن كانت قابلة للقسمة يقسّمها المستودعون بينهم بالسوية ، وكلّ منهم يحفظ حصّته منها .

وبهذه الصورة ليس لأحدهم أن يسلّم حصّته لمستودع آخر بدون إذن المودع [1] .

→ (يلزم حفظ الوديعة مثل أمثالها .
بناءً عليه حفظ الأموال كالنقود والمجوهرات في محالٍّ كالإصطبل والتبن تقصير في الحفظ ، فإذا هلكت أو ضاعت لزم الضمان) .
راجع : بدائع الصنائع ٨ : ٣٥٧ ، المجموع ١٤ : ١٨٠ ، الفتاوىٰ الهندية ٤ : ٣٤١ ، تكملة حاشية ردّ المحتار ٨ : ٣٦٤ و٣٧٨ .

(١) ورد ـ وبلحاظ تكملة المادّة المذكورة بعد حين ـ : (إذا تعدّد المستودع ولم) بدل : (إذا كان المستودع جماعة متعدّدين ، فإن لم) ، و : (يحفظونها) بدل : (يجعلونها) ، ووردت زيادة : (بلا تعدٍّ) بعد : (هلكت الوديعة) ، وورد : (واحد منهم) بدل : (أحدهم) ، ووردت زيادة كلمة : (الوديعة) بعد : (كانت) ، و : (في هذه) بدل : (وبهذه) ، و : (الآخر بلا تعدٍّ ولا تقصير منه لا يلزمه) بدل : (الآخر بلا تقصير منه فلا يلزمه) .
كلّ ذلك ورد في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٤٣٣ ـ ٤٣٤ .
ووردت المادّة في درر الحكّام بالنصّ الآتي :
(إذا تعدّد المستودع ولم تكن الوديعة تصحّ قسمتها يحفظها الواحد بإذن الآخر أو يحفظونها بالمناوبة ، وإن كانت الوديعة تصحّ قسمتها يقسمونها بينهم بالتساوي ويحفظ كلٌّ منهم حصّته . وليس لأحد أن يدفع حصّته إلىٰ المستودع الآخر بلا إذن المودع ، فإن فعل وهلكت أو ضاعت بلا تعدٍّ ولا تقصير بيد الآخر لا يلزم الضمان علىٰ الآخذ) .

←

الميزان الصحيح هنا هو ما أشرنا إليه من أنّ المدار على مقدار ما يستفاد من إذن المودع ورخصته ، لا على قضية قابلية الوديعة للقسمة وعدم قابليتها ، فإنّه ممّا لا أثر له في المقام أصلاً [1] .

فإن ظهر من مقال أو حال أنّه يريد التوزيع أو الشركة على نحو المجموع أو الجميع البدلي أو الشمولي لزم ذلك ولا يجوز التعدّي ، أمّا لو لم يظهر خصوص بعض الوجوه فالإطلاق يقتضي وجوب تحرّي الأصلح في حفظها عليهم جميعاً ، فإن وجدوا القسمة أصلح قسّموها مع الإمكان ، وإلاّ فالمناوبة أو غيرها من الأساليب ، ولا ضمان عليهم لو تلفت بغير تفريط ، وأقصى ما عليهم اليمين أنّهم قد تحرّوا الأصلح بقسمة أو غيرها .

ومع تعيّن القسمة من إطلاق أو تقييد ، فلو دفع أحدهم حصّته للآخر وهلكت من غير تعدٍّ فهل يضمن أو لا ؟

وعلى الأوّل ، فعلى من يكون الضمان ، على المسلّم أو المستلم ؟

أمّا أصل الضمان فلا ينبغي الإشكال في لزومه وإن نسب إلى بعض فقهاء المذاهب عدمه [2] ، ولعلّه في غير صورة التقييد .

وأمّا الضامن فقد جعلته (المجلّة) المسلّم ، حيث قالت :

(وإذا سلّمها فهلكت في يد المستودع الآخر بلا تقصير منه فلا يلزمه

← هذا عند أبي حنيفة دون محمّد بن الحسن وأبي يوسف ، حيث قالا : لأحدهم أن يحفظ بإذن الآخر في الوجهين ، أي : في ما يقسم وفي ما لا يقسم .

وللمقارنة لاحظ : البناية في شرح الهداية ٩ : ١٥٥ ـ ١٥٦ ، مجمع الأنهر ٢ : ٣٤٢ ـ ٣٤٣ ، البحر الرائق ٧ : ٢٧٨ ـ ٢٧٩ ، تكملة شرح فتح القدير ٧ : ٤٦٠ ، اللباب ٢ : ١٩٩ .

(١) تقدّم ذلك في ص ٤٥٣ .

(٢) لاحظ تكملة حاشية ردّ المحتار ٨ : ٣٦٣ .

الضمان ، بل يلزم الذي سلّمه إيّاها ضمان حصّته منها .

ويعلّل ذلك : بأنّ المستلم أمين المسلّم عند أبي حنيفة ، والأمين لا يضمن [١] .

ولو صحّ هذا لاقتضى سقوط الضمان عنهما معاً ، فإنّ المسلّم أيضاً أمين للمالك المودع ، ولكنّه لمّا خرج عن الأمانة بالمخالفة صارت يده وما يتفرّع عنها من الأيدي ضمانية ، والمالك حينئذٍ ـ كما عرفت ـ مخيّر بين الرجوع على أيٍّ شاء منهما على قاعدة توارد الأيادي أو الأيدي .

أمّا رجوع أحدهما على الآخر فقد عرفت قريباً بيانه .

(مادّة : ٧٨٤) الشرط الواقع في عقد الإيداع إذا كان ممكن الإجراء ومفيداً يكون معتبراً ، وإلاّ فهو لغو [٢] .

---

(١) انظر المصدر السابق .

(٢) بلحاظ تكملة المادّة والتي ستُذكر عمّا قريب ، وردت عبارة : (**يعتبر الشرط ... ومفيداً وإلاّ فهو لغو**) بدل صدر المادّة المذكور في المتن ، و : (**فنقلها إلى محلٍّ آخر مضطراً بوقوع حريق في داره فلا عبرة لذلك الشرط**) بدل : (**فنقلها المستودع إلىٰ محلٍّ آخر بسبب وقوع حريق في داره لا يعتبر ذلك الشرط**) ، و : (في هذه) بدل : (وبهذه) ، و : (**فهلكت أو ضاعت بلا تعدٍّ ولا تقصير لا يضمن**) بدل : (**فهلكت بلا تعدٍّ ولا تقصير لا يلزم الضمان**) ، و : (يأتمنه) بدل : (يأمنه) ، و : (**كان ثمّة أمر مجبر أحوجه إلىٰ تسليم الوديعة**) بدل : (**فإذا كان ثمّة أمر مجبر علىٰ تسليم الوديعة**) ، و : (في هذه) بدل : (بهذه) ، و : (لا يضمن المستودع) بدل : (لا يلزم الضمان) ، و : (أمّا إذا سلّمها بلا اضطرار) بدل : (وإذا سلّمها بلا مجبورية) ، و : (حجرة أُخرى) بدل : (حجرة غيرها) ، و : (مبنية) بدل : (بنيت) ، و : (فالشرط معتبر ، ويلزم المستودع حفظها) بدل : (فيعتبر الشرط ، ويكون المستودع مجبوراً علىٰ حفظها) ، و : (عيّنت) بدل : (تعيّنت) ، و : (يصير ضامناً) بدل : (يكون ضامناً) .
كلّ ذلك علىٰ ما في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٤٣٤ .

←

الذي تقتضيه القواعد ـ كما سبق قريباً [١] ـ أنّ كلّ شرط يشترطه المالك المودع ويقبله الودعي ـ وهو مقدور ـ فهو لازم سواء كان مفيداً أو غير مفيد ؛ لأنّ العقد وقع على هذه الصفة ، فيلزم العمل به ، وما عداه لا رخصة فيه ولا إذن من المالك ، فيكون حراماً وضامناً .

ولكنّ القوم لمّا كان باب الاستحسان مفتوحاً عندهم على مصراعيه وكثيراً ما يأخذون بالاستحسان ويطرحون النصّ ، فما نحن فيه يوشك أن

← أمّا في درر الحكّام (٢ : ٢٤٦) فوردت المادّة بالصيغة التالية :

(إن كان الشرط الوارد عند عقد الإيداع مفيداً وممكن الإجراء فهو معتبر ، وإلاّ فهو لغو .

مثلاً: إذا أُودع مال بشرط أن يحفظ في دار المستودع ، وحصلت ضرورة ، فانتقل إلىٰ محلٍّ آخر ؛ لوقوع الحريق ، فلا يعتبر الشرط .

وفي هذه الصورة إذا نقلت الوديعة إلىٰ محلٍّ آخر وهلكت أو فقدت بلا تعدٍّ ولا تقصير لا يلزم الضمان .

وإذا اشترط المودع علىٰ المستودع حفظ الوديعة وأمره بذلك ، ونهاه عن إعطائها زوجته أو ابنه أو خادمه أو لمن اعتاد حفظ مال نفسه ، فإن كان ثمّة اضطرار لإعطائها ذلك الشخص فلا يعتبر النهي .

وإذا أعطىٰ المستودع الوديعة ـ في هذه الصورة ـ إلىٰ ذلك الشخص وهلكت أو فقدت بلا تعدٍّ ولا تقصير لا يلزم الضمان ، وإذا أعطاها ولم يكن اضطرار لذلك يضمن .

كذلك إذا شرط حفظها في الغرفة الفلانية من الدار ، وحفظها المستودع في غرفة أُخرىٰ ، فإن كانت الغرف متساوية في أمر المحافظة فلا يعتبر ذلك الشرط ، وإذا هلكت الوديعة ـ في هذه الحالة ـ لا يلزم الضمان أيضاً ، وأمّا إذا كان بينهما تفاوت ـ كما لو كانت إحدىٰ الغرف من الحجر والأُخرىٰ من الخشب ـ فيعتبر الشرط ؛ لكونه مفيداً ، ويكون المستودع مجبوراً علىٰ حفظها في الغرفة المشروطة لها ، وإذا وضع الوديعة في غرفة أدنىٰ منها في الحفظ وهلكت يضمن) .

قارن : بدائع الصنائع ٨ : ٣٥٨ و٣٥٩ ، تبيين الحقائق ٥ : ٨١ ، الفتاوىٰ الهندية ٤ : ٣٤١ ، اللباب ٢ : ٢٠٠ .

(١) سبق في ص ٤٥٧ .

يكون من هذا القبيل ، وهو اجتهاد في مقابلة النصّ .

وعلى كلٍّ فالحقّ هو الضمان إذا تخطّىٰ مورد الشرط ، إلاّ مع العجز عن العمل على حدّ أنّ (الضرورات تبيح المحظورات) .

نعم ، لو اشترط شرطاً وتبيّن أنّه لو عمل الودعي به لأوجب تلف العين يمكن القول : بلغويته وعدم وجوب اتّباعه على تأمّل أيضاً .

ولعلّ من هذا القبيل ما ذكرته (المجلّة) بقولها :

مثلاً : إذا كان قد شرط وقت العقد أن يحفظ المستودع الوديعة في داره فنقلها المستودع إلى محلٍّ آخر بسبب وقوع حريق في داره لا يعتبر ذلك الشرط .

وبهذه الصورة إذا نقلها فهلكت بلا تعدٍّ تقصير لا يلزم الضمان .

وكذا إذا أمر المودع المستودع بحفظ الوديعة ونهاه عن أن يسلّمها لزوجته أو ابنه أو خادمه أو لمن يأمنه على حفظ مال نفسه ، فإذا كان ثمّة أمر مجبر على تسليم الوديعة لأحد هؤلاء كان ذلك النهي غير معتبر .

وبهذه الصورة أيضاً إذا هلكت الوديعة بلا تعدٍّ ولا تقصير لا يلزم الضمان ، وإذا سلّمها بلا مجبورية فهلكت لزمه الضمان .

كذلك إذا شرط أن تحفظ في حجرة معيّنة ، فحفظها المستودع في حجرة غيرها ، فإن كانت حجر تلك الدار متساوية في الحفظ لا يكون ذلك الشرط معتبراً ، وحينئذٍ إذا هلكت الوديعة فلا ضمان ، وأمّا إذا كان بين الحجر تفاوت ـ كأن كانت إحدى الحجر بنيت بالأحجار والأُخرى بالأخشاب ـ فيعتبر الشرط ، ويكون المستودع مجبوراً على حفظها في الحجرة التي تعيّنت وقت العقد ، وإذا وضعها في حجرة دون تلك الحجرة في الحفظ فهلكت يكون ضامناً .

فإنّ الحريق في المثال الأوّل والمجبورية المفروضة في الثاني يصلح أن يكون وجهاً لمخالفة الشرط ؛ نظراً إلى أنّ مثل هذه الشروط مقيّدة بقيد عقلي ارتكازي ، فإنّ اشتراط وضعها بالدار مقيّد ممّا إذا كانت الدار أحفظ لها ، وكذا حفظه بنفسه ، أمّا مع اليقين بتلفها ـ لو بقيت في الدار ـ فلا محلّ للشرط .

ولكن لا يتمّ هذا في المثال الثالث ؛ فإنّه إذا عيّن حجرة تعيّنت سواء تساوت الحجر أو اختلفت .

نعم ، لو حصل اليقين بأنّ بقاءها في تلك الحجرة يوجب تلفها جاز أو وجب مخالفة الشرط ، أمّا لو تساوى بقاؤها ونقلها تعيّن بقاؤها بالشرط ، فتدبّره جيّداً .

(مادّة : ٧٨٥) إذا كان صاحب الوديعة غائباً غيبة منقطعة بحيث لا يعلم موته ولا حياته يحفظها المستودع إلى أن يعلم موت صاحبها أو حياته [1] .

ولا يجوز أن يسلّمها للوارث ولا لغيره .

نعم ، يجوز أن يسلّمها لحاكم الشرع ؛ لولايته العامّة .

وقد يتعيّن ذلك ، كما لو كانت ممّا يفسد بالمكث ودار الأمر بين أن تهلك

---

(١) وردت بعض الاختلافات وبلحاظ تكملة المادّة الآتية في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٤٣٥ . حيث لم يرد : (أو حياته) ، وورد : (أمّا) بدل : (إلاّ أنّه) ، و : (يبيعها) بدل : (فيبيعها) .
ووردت المادّة في درر الحكّام (٢ : ٢٤٩ ـ ٢٥٠) بالنصّ الآتي :
(إذا غاب صاحب الوديعة ولم تعلم حياته ومماته يحفظها المستودع إلىٰ أن تتبيّن وفاته . وإن كانت الوديعة من الأشياء التي تفسد بالمكث فله أن يبيعها بإذن الحاكم ويحفظ ثمنها أمانة عنده ، وأمّا إذا لم يبعها وفسدت بالمكث فلا يلزم الضمان) .
قارن : الفتاوىٰ الهندية ٤ : ٣٥٤ ، تكملة حاشية ردّ المحتار ٨ : ٣٧١ .

أو تباع ويحفظ ثمنها ، فإنّ اللازم دفعها إليه ليتولّىٰ ذلك .

كلّ هذا حيث لا يكون للمودع وكيل خاصٌ ، وإلاّ وجب دفعها إليه لا لحاكم الشرع .

ولو كان بقاؤها يفضي إلى هلاكها فلم يبعها ولم يدفعها لحاكم الشرع أو لوكيله الخاصّ ضمن بلا إشكال ؛ لتقصيره .

فلا وجه لما ذكرته (المجلّة) بقولها في ذيل هذه المادّة :

(إلاّ أنّه إذا كانت الوديعة ممّا يفسد بالمكث فيبيعها المستودع بإذن الحاكم ويحفظ ثمنها أمانة عنده ، ولكن لم يبعها ففسدت بالمكث لا يضمن) .

(مادّة : ٧٨٦) الوديعة التي تحتاج إلى النفقة ـ كالخيل والبقر ـ نفقتها على صاحبها ، وإذا كان صاحبها غائباً فيرفع المستودع الأمر إلى الحاكم ، والحاكم حينئذٍ يأمر بإجراء الأنفع والأصلح في حقّ صاحب الوديعة .

فإن كان يمكن إيجار الوديعة يؤجّرها المستودع برأي الحاكم وينفق عليها من أُجرتها أو يبيعها بثمن مثلها ، وإذا لم يمكن إيجارها فيبيعها فوراً بثمن المثل ، أو ينفق عليها المستودع من ماله ثلاثة أيام ، ثمّ يبيعها بثمن مثلها ، ثمّ يطلب نفقة تلك الأيام الثلاثة من صاحبها .

وإذا أنفق عليها بدون إذن الحاكم فليس له مطالبة صاحبها بما أنفقه عليها [1] .

---

(١) ورد : (يرفع) بدل : (فيرفع) ، ووردت زيادة : (ويحفظ الفائض للمودع) بعد : (أُجرتها) ، وورد : (يبيعها) بدل : (فيبيعها) في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٤٣٥ ـ ٤٣٦ .
ووردت المادّة في درر الحكّام (٢ : ٢٥١) بهذه الصيغة :

←

فلو تعسّر أو تعذّر مراجعة الحاكم ولم يتبرّع هو ولا غيره مجّاناً أو بالعوض باعها بنفسه وأشهد عدلين على البيع والثمن .

والتقييد بثلاثة أيام لا وجه له .

كلّ ذلك في الغيبة المنقطعة ، أمّا مع إمكان مراجعة المودع وإنذاره فإن لم يرسل النفقة إلى ثلاثة أيام أو أكثر ـ حسب اختلاف الموارد ـ راجع المستودع الحاكم ، إلى آخر ما سبق .

(مادّة : ٧٨٧) إذا هلكت الوديعة أو نقصت قيمتها بسبب تعدّي المستودع أو تقصيره لزمه الضمان .

مثلاً : إذا صرف المستودع نقود الوديعة في أُمور نفسه أو استهلكها ضمنها .

وبهذه الصورة إذا صرف النقود التي هي أمانة عنده على الوجه المذكور ، ثم وضع بدل تلك النقود في الكيس المعدّ لها [فهلك أو ضاع بدون تعدٍّ ولا تقصير منه كان ضامناً .

وكذا لو ركب دابّة الوديعة بدون إذن المودع] ، فهلكت أو ضاعت وهو ذاهب بها ضمن قيمتها سواء كان هلاكها بسبب سرعة السير فوق

← (نفقة الوديعة التي تحتاج إلى نفقة ـ كالفرس والبقرة ـ عائدة على صاحبها ، فإذا كان صاحبها غائباً يراجع المستودع الحاكم ، وهو أيضاً يأمر بإجراء الصورة التي هي أصلح وأنفع في حقّ صاحب الوديعة .

مثلاً : إن كان إيجار الوديعة ممكناً يؤجّرها المستودع برأي الحاكم ، وينفق من أُجرتها ، ويحفظ الفضل للمودع ، أو يبيعها بثمن مثلها ، وإن كان إيجارها غير ممكن يبيعها في الحال بثمن مثلها ، أو بعد أن ينفق عليها من مال نفسه ثلاثة أيام ، ويطلب مصرفه الثلاثة أيام من صاحبها .

وأمّا إذا أنفق بدون إذن الحاكم فليس له أن يأخذ ما أنفقه من المودع) .

انظر : الفتاوىٰ الهندية ٤ : ٣٦٠ ، تكملة حاشية ردّ المحتار ٨ : ٣٧١ .

الوجه المعتاد أو بسبب آخر أو بلا سبب .

وكذا يضمنها إذا سرقت .

وكذا إذا وقع حريق ولم ينقل الوديعة إلى محلٍّ آخر ـ مع قدرته على ذلك ـ فاحترقت ضمنها [1] .

هذا كلّه ممّا لا إشكال فيه ، إنّما الإشكال في ما لو خرج عن الأمانة وتاب وأعاد بدلها مثلاً أو قيمةً ، كما في (المجلّة) :

ثمّ وضع بدل تلك النقود في الكيس المعدّ [. . .] الخ .

فلو تلفت بعد ذلك ـ بدون تعدٍّ ـ فهل يضمنها ؛ لارتفاع الائتمان بذلك ،

---

(١) ورد : (بتعدّي) بدل : (بسبب تعدّي) ، و : (بتقصيره) بدل : (تقصيره) ، و : (أنفق) بدل : (صرف) ، و : (في هذه) بدل : (بهذه) ، و : (أنفق) بدل : (صرف) ، و : (بدلها) بدل : (بدل تلك النقود) ، ولم يرد : (أو ضاعت) ، وورد : (فإنّه يضمن) بدل : (ضمن) ، ووردت زيادة : (في الطريق) بعد : (سرقت) ، وورد : (فإنّه يضمن) بدل : (ضمنها) .

كلّ ذلك في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٤٣٦ ـ ٤٣٧ .

ووردت المادّة في درر الحكّام (٢ : ٢٥٢) باللفظ الآتي :

(إذا هلكت الوديعة أو طرأ نقصان على قيمتها في حال تعدّي المستودع أو تقصيره يلزم الضمان . مثلاً : إذا صرف المستودع النقود المودعة عنده في أُمور نفسه واستهلكها أو دفعها لغيره وجعله يستهلكها يضمن .

وفي هذه الصورة إذا صرف النقود التي هي أمانة عنده على ذلك الوجه ثمّ وضع محلّها من مال نفسه وضاعت بدون تعدّيه وتقصيره لا يخلص من الضمان .

وكذلك إذا ركب المستودع الحيوان المودع عنده وهلك الحيوان أثناء سيره في الطريق ـ سواء أكان بسبب سرعة السوق أم بسبب آخر ـ أم سرق في الطريق ، يضمن المستودع ذلك الحيوان . كذلك إذا كان المستودع عند وقوع الحريق مقتدراً على نقل الوديعة إلى محلٍّ آخر فلم ينقلها واحترقت لزم الضمان) .

راجع : المغني ٧ : ٢٨٠ ـ ٢٨١ ، المجموع ١٤ : ١٧٧ ، تبيين الحقائق ٥ : ٧٧ ، مجمع الأنهر ٢ : ٣٣٨ ، اللباب ٢ : ١٩٦ .

أو لا يضمن ؛ لأنّها عادت بالقصد الثاني ؟

قضية مشكلة ، والتحقيق فيها : أنّك عرفت قريباً [١] أنّ الأمانات على ثلاثة أنواع :

الأوّل : ما يكون القبض لمصلحة المالك فقط ، كالوديعة ، والوكيل بلا أُجرة ، وعارية الرهن ، وما في هذا السبيل .

وهذا النوع ـ ممّا تكون به يد القابض كيد المالك ـ لا ينبغي الإشكال في عدم ضمانه لو صدّقه المالك بالتلف وادّعى عليه التقصير ، فليس عليه إلاّ اليمين .

ومثل هذا : في ما لو ادّعى السرقة أو الردّ أو نحوهما ، فإنّ القول قوله بيمينه في جميع ذلك ؛ لأنّه محسن وأمين ، و : ﴿ **مَا عَلَىٰ الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ** ﴾ [٢] ، إلاّ أن يثبت خلاف ما يقول بالبيّنة .

الثاني : ما يكون لمصلحة القابض فقط .

والقول هنا قول المالك لا القابض عكس الأُولىٰ .

فلو خان المستعير ثمّ عاد لا يرتفع الضمان عنه ؛ لأنّه صار كالغاصب ، وصارت يده ضمانية ، ولا سبب لعود تلك اليد الزائلة ، و(الزائل لا يعود) .

وهذا أيضاً ممّا لا ينبغي الإشكال فيه ، إنّما الإشكال في :

الثالث : وهو ما كان القبض فيه لمصلحة الطرفين ، وذلك كالإجارة ، والمضاربة ، والوكالة بالأُجرة ، وما جرى على هذا النهج .

فلو تعدّى المستأجر في العين المستأجرة ، ثمّ عاد إلىٰ ما استحقّه بالعقد ،

---

(١) وذلك في ص ٤١٥ وما بعدها .

(٢) سورة التوبة ٩ : ٩١ .

أو شرط عليه شرطاً فخالفه ، ثمّ عاد إلى العمل به ، ثمّ تلفت بغير تفريط ، فهل يضمنها ؛ لأنّه صار كالغاصب ، أو لا ؛ لأنّه عاد إلى الأمانة ؟

المسألة جدّ مشكلة ، والذي ظهر لي من التتبع في كلمات فقهائنا أنّهم لا يرتّبون أحكام الأمانة أصلاً على هذين القسمين [1] حتّى قبل المخالفة .

فلو ادّعى السرقة أو الردّ أو النقص يلزمه الإثبات ولا يقبل قوله بيمينه ، بل القول قول المالك ، ولا يقبل قول الأمين إلاّ في القسم الأوّل الذي هو محسن وأمين .

نعم ، لو ادّعى المالك عليه التفريط ـ بعد تصديقه في التلف ـ أمكن الحكم بقبول قوله بيمينه في جميع الأقسام الثلاثة ، ووجه الفرق بين هذا وبين تلك واضح يظهر بالتأمّل .

(مادّة : ٧٨٨) خلط الوديعة بمال آخر بحيث لا يمكن تمييزها وتفريقها عنه بدون إذن المودع يعدّ تعدّياً .

بناءً عليه لو خلط المستودع دنانير الوديعة بدنانير له أو دنانير وديعة عنده لآخر متماثلة بلا إذن فضاعت أو سرقت لزمه الضمان .

وكذا لو خلطها غير المستودع ـ على الوجه المشروح ـ ضمن الخالط [2] .

---

(١) لاحظ الجواهر ٢٧ : ١٤٧ و ٢٠٠ و ٣٤٢ .

(٢) وردت المادّة بتقديم : (بدون إذن المودع) على عبارة : (بمال آخر بحيث ...) ، وكذلك بتقديم : (بلا إذن) على عبارة : (دنانير الوديعة بدنانير ...) ، وورد تعبير : (مودوعة عنده) بدل : (وديعة عنده) في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٤٣٧ .

ووردت المادّة في درر الحكّام (٢ : ٢٥٩) بصيغة :

(**خلط الوديعة بلا إذن صاحبها مع مال آخر بصورة يتعذّر ولا يمكن معها تفريقها عنه يعدّ تعدّياً .**

←

تحرير هذا : أنّ فاعل الخلط إمّا المالك أو المودع أو المستودع أو الأجنبي .

فإن كان هو المالك فقد أبطل الإيداع وبرِئت ذمّة المستودع من العهدة .

وإن كان هو المستودع أو الأجنبي فلا يخلو إمّا أن يكون بالمماثل جنساً المساوي قيمة أو الأعلى أو الأدنىٰ ، وإمّا أن يكون بالمغاير جنساً ، وعلى كلّ التقادير إمّا أن يمكن التمييز والإفراز ، أو يتعذّر ، أو يتعسّر .

فإن كان الخلط بالمساوي قيمة ـ كخلط الحنطة بالحنطة المساوية أو الدراهم بالدراهم ـ فالأمانة بحالها ؛ إذ لم يحدث ـ بنظر العرف ـ ما ينافي الحفظ ، فيقسّمها وتبقى وديعة كما كانت ، ولو تلفت بلا تفريط لم يضمن .

وإن كان بالجنس المتفاوت ـ كحنطة جيّدة برديئة أو العكس ـ فإن أمكن القسمة بالنسبة ـ كثلث وثلثين ـ فكالأوّل ، وإلاّ فكالخلط بالمغاير إن أمكن التمييز تعيّن كخلط الحنطة بالشعير الذي يمكن إفراز أحدهما بالماء ، فالشعير يطفو والحنطة ترسب حيث لا يضرّ الماء ، وإن لم يمكن كان بحكم التلف ، ويتخيّر المودع حينئذٍ بين تغريم المستودع أو الأجنبي المثل أو القيمة ، أو البقاء على الشركة مع تغريمه أرش النقيصة أو عيب الشركة ، وإذا غرم المثل أو القيمة صار المستودع أو الأجنبي شريكاً مع صاحب المال المختلط انتقالاً قهرياً أو شركة قهرية .

هذا إذا بقي المال المختلط ، أمّا لو تلف بعد الخلط فالخالط ضامن

← بناءً عليه إذا خلط المستودع مقدار الدنانير ذات المالية المودعة عنده بدنانيره بلا إذن ثمّ ضاعت أو سرقت يكون ضامناً) .

قارن : بدائع الصنائع ٨ : ٣٦٦ ، تبيين الحقائق ٥ : ٧٧ ، البناية في شرح الهداية ٩ : ١٣٧ ، مجمع الأنهر ٢ : ٣٤١ ، الفتاوىٰ الهندية ٤ : ٣٤٨ ، اللباب ٢ : ١٩٧ .

للمودع مطلقاً سواء كان هو المستودع أو الأجنبي ؛ لأنّ المستودع ـ بتصرّفه غير المأذون به ـ خرج عن الأمانة وصار ضامناً .

ولا ينافيه عدم الضمان لو تلفت بعد القسمة ؛ لأنّ الأمانة تعود بعد القسمة وإفراز المالين ، فليتدبّر .

ثمّ إنّ الخلط والامتزاج إمّا أن يكون اختيارياً أو قهرياً ، والاختياري إمّا أن يكون بإذن المودع أو بغير إذنه .

أمّا بغير إذنه فقد تقدّم ، وأمّا الواقع بإذنه أو قهراً فهو ما أنبأت عنه .

(مادّة : ٧٨٩) إذا خلط المستودع الوديعة بإذن صاحبها على الوجه الذي ذكر في المادّة السابقة ، أو اختلطت مع مال آخر بدون صنعه بحيث لا يمكن تفريق أحد المالين عن الآخر ، [اشتركا معاً على قدر حصّتهما] .

مثلاً : إذا تهرّى الكيس الذي فيه دنانير الوديعة داخل صندوق فيه دنانير أُخر للمستودع مماثلة لهافاختلط المالان ، اشترك صاحب الوديعة والمستودع بمجموع الدنانير كلّ منهما على قدر حصّته .

وبهذه الصورة إذا هلكت أو ضاعت بلا تعدٍّ ولا تقصير فلا يلزم الضمان (١) .

---

(١) ورد : (كما) بدل : (مثلاً) ، و : (في هذه) بدل : (بهذه) ، و : (لا) بدل : (فلا) في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٤٣٨ .

ووردت المادّة في درر الحكّام (٢ : ٢٦٢) بالصيغة التالية :

(إذا خلط المستودع الوديعة بإذن صاحبها بمال آخر على ما ذكر في المادّة الآنفة ، أو اختلط المالان ببعضهما البعض بدون صنعه بحيث لا يمكن تفريقهما .

مثلاً : لو انخرق الكيس الموجود داخل صندوق واختلطت الدنانير التي فيه مع دنانير أُخرىٰ

←

وحاصلها : أنّ الوديعة إذا اختلطت بمال المستودع أو غيره بإذن المودع أو قهراً صارت شركة اختيارية أو قهرية ، وحكم الشركة أنّ التلف [1] ـ كلاً أو بعضاً ـ يكون على الشريكين ، ولا يضمن أحدهما للآخر إلاّ مع العدوان ، وحيث لا عدوان فلا ضمان .

وقد اختلفت مذاهب القوم ، فالمنسوب إلى أبي حنيفة : أنّ المال كلّه يكون للمستودع أو الأجنبي ، ويضمن حصّة المودع [2] .

وصاحبه أبو يوسف يقول : إنّ الكلّ يكون تابعاً للأكثر ، وصاحبه يملك المجموع ويغرم للآخر [3] .

وكلّها أقاويل عارية عن الدليل ، والحقّ ما ذكرناه في الشركة ، وتجري ـ في الفرض المزبور ـ أحكامها .

(مادّة : ٧٩٠) ليس للمستودع إيداع الوديعة عند آخر بدون إذن ، وإذا أودعها فهلكت صار ضامناً .

ثمّ إذا كان هلاكها عند المستودع الثاني بتقصيرٍ أو تعدٍّ منه فالمودع مخيّر إن شاء ضمنها للمستودع الأوّل وإن شاء ضمنها للثاني ، فإذا

← **يصير المستودع وصاحب الوديعة شريكين في مجموعها .**
وإذا هلكت أو ضاعت ـ والحال هذه ـ بلا تعدٍّ ولا تقصير لا يلزم الضمان) .
قارن : بدائع الصنائع ٨ : ٣٦٦ ، تبيين الحقائق ٥ : ٧٨ ، البناية في شرح الهداية ٩ : ١٤١ ، مجمع الأنهر ٢ : ٣٤١ ، الفتاوىٰ الهندية ٤ : ٣٤٨ ـ ٣٤٩ .

(١) في المطبوع : (تلفت) ، والمناسب ما أثبتناه .

(٢) انظر : النتف في الفتاوىٰ ٢ : ٥٧٩ ، المبسوط للسرخسي ١١ : ١١٠ ـ ١١١ ، تبيين الحقائق ٥ : ٧٧ ـ ٧٨ ، الفتاوىٰ الهندية ٤ : ٣٤٨ ـ ٣٤٩ .

(٣) وهو قول محمّد بن الحسن كذلك ، راجع المصادر السابقة .

ضمنها للمستودع الأوّل فيرجع على الثاني بما ضمنها [١] .

ظاهر العبارة أنّ الضمان على المستودع الأوّل فقط .

وهو قول الحنفيّة [٢] ؛ لأنّ الثاني أمين الأوّل ، فلا رجوع عليه ، لا من المودع ولا من المستودع .

أمّا بقية فقهاء المذاهب فقد ذهبوا إلى : أنّ المودع مخيّر بين الرجوع على الأوّل أو الثاني ، فإن رجع على الثاني رجع الثاني على الأوّل ، ولا عكس [٣] .

وهو قول الإماميّة قاطبة [٤] ، على قاعدة : (توارد الأيدي على العين الواحدة) .

هذا إذا هلكت عند الثاني بغير تفريط .

أمّا لو هلكت بتفريطه أو تعدّيه فللمودع الرجوع على كلٍّ منهما اتّفاقاً ،

---

(١) ورد : (إن أودعها) بدل : (إذا أودعها) ، و : (يرجع) بدل : (فيرجع) ، و : (بما ضمنه) بدل : (بما ضمنها) في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٤٣٨ .

ووردت المادّة في درر الحكّام (٢ : ٢٦٣) بالصيغة التالية :

(ليس للمستودع أن يودع الوديعة عند آخر ، فإن فعل وهلكت بعده يضمن .

وإذا هلكت بتعدّي المستودع الثاني وتقصيره فإن شاء المودع ضمنها للمستودع الثاني وإن شاء ضمنها للمستودع الأوّل ، ويرجع هذا على المستودع الثاني) .

لاحظ : البناية في شرح الهداية ٩ : ١٥٩ ، مجمع الأنهر ٢ : ٣٤٣ ـ ٣٤٤ ، البحر الرائق ٧ : ٢٧٤ ، حاشية ردّ المحتار ٥ : ٦٧٢ .

(٢) راجع المصادر المتقدّمة في الهامش السابق .

(٣) ووافقهم صاحبا أبي حنيفة ، إلاّ أنّ هناك رواية عن أحمد توافق مذهب أبي حنيفة .

راجع : المغني ٧ : ٢٨٢ ، المجموع ١٤ : ١٨٩ ، مواهب الجليل ٥ : ٢٦٠ ، حاشية ردّ المحتار ٥ : ٦٧٢ .

(٤) ادّعي الوفاق على المسألة في المسالك ٥ : ١٠٢ ، وعدم الخلاف في الحدائق ٢١ : ٤٣٢ . ولاحظ الجواهر ٢٧ : ١٣٠ .

وقرار الضمان على الثاني ، كما صرّحت هذه المادّة .

(مادّة : ٧٩١) إذا أودع المستودع الوديعة عند آخر بإذن المودع خرج المستودع الأوّل من العهدة وصار الثاني مستودعاً [١] .

فلا رجوع على الأوّل لو تلفت عند الثاني مطلقاً .

(مادّة : ٧٩٢) كما أنّه يسوغ للمستودع استعمال الوديعة بإذن صاحبها فله أن يؤجّرها أو يعيرها وأن يرهنها أيضاً .

وأمّا لو آجرها أو أعارها لآخر أو رهنها بدون إذن صاحبها فهلكت أو نقصت قيمتها في يد المستأجر أو المستعير أو المرتهن ضمن [٢] .

لو اختصر كلّ ذلك بكلمتين لكان أصحّ وأفصح ، فقال : كلّ تصرّف من استعمال أو عقد على الوديعة بإذن صاحبها نافذ وبدونه باطل ، بل وضامن إن دفعها إلى المستأجر أو المستعير .

ولا حاجة إلى هذه التطويلات المملّة أو المخلّة مثل :

---

(١) وردت زيادة كلمة : (الأوّل) قبل كلمة : (الوديعة) ، وورد : (فأجاز المودع) بدل : (بإذن المودع) في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٤٣٩ .
ووردت زيادة كلمة : (شخص) قبل كلمة : (آخر) ، وورد : (وأجاز المودع ذلك) بدل : (بإذن المودع) ، و : (الشخص الآخر) بدل : (الثاني) في درر الحكّام ٢ : ٢٦٦ .
لاحظ : البحر الرائق ٧ : ٢٧٤ ، تكملة حاشية ردّ المحتار ٨ : ٣٦٦ .

(٢) وردت زيادة : (لآخر) بعد : (يعيرها) ، وورد : (أمّا) بدل : (وأمّا) ، و : (فإنّه يضمن) بدل : (ضمن) في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٤٣٩ .
ووردت المادّة في درر الحكّام (٢ : ٢٦٧) بلفظ :
(كما أنّ للمستودع أن يستعمل الوديعة بإذن صاحبها ، فله أيضاً أن يؤجّرها ويعيرها ويرهنها . وأمّا إذا آجرها أو أعارها أو رهنها بدون إذن صاحبها لآخر ، وهلكت الوديعة في يد المستأجر أو المستعير أو المرتهن ، أو ضاعت ، أو نقصت قيمتها ، يكون المستودع ضامناً) .
قارن : البحر الرائق ٧ : ٢٧٥ ، الفتاوىٰ الهندية ٤ : ٣٣٨ ، تكملة حاشية ردّ المحتار ٨ : ٣٣٧ .

(مادّة : ٧٩٣) إذا أقرض المستودع دراهم الوديعة لآخر بلا إذن ولم يجز صاحبها ضمنها المستودع .

وكذا لو أدّى المستودع دين المودع الذي بذمّته من الدراهم المودعة التي بيده فلم يرض المودع ضمن أيضاً [١] .

(مادّة : ٧٩٤) يلزم ردّ الوديعة إلى صاحبها إذا طلبها ، ومؤنة الردّ والتسليم ـ أي : مصارفهما وكلفتهما ـ عائدة إلى المودع .

وإذا طلبها المودع فلم يسلّمها له المستودع وهلكت أو ضاعت ضمنها المستودع .

لكن إذا كان عدم تسليمها وقت الطلب ناشئاً عن عذر ـ كأن تكون حينئذٍ في محلٍّ بعيد ـ ثمّ هلكت أو ضاعت فلا يلزم الضمان [٢] .

---

(١) ورد : (نقود) بدل : (دراهم) ، و : (لآخر من النقود المودعة عنده) بدل : (من الدراهم المودعة التي بيده) ، و : (ضمنها) بدل : (ضمن) في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٤٤٠ .

ووردت المادّة في درر الحكّام (٢ : ٢٧٠) بالصيغة التالية :

(إذا أقرض المستودع دراهم الأمانة بلا إذن إلىٰ آخر وسلّمها ولم يجز صاحبها يضمن المستودع تلك الدراهم .

وكذلك إذا أدّىٰ بالدراهم المودوعة عنده الدين الذي علىٰ صاحبها لآخر ولم يرض صاحبها يضمن) .

انظر الفتاوىٰ الهندية ٤ : ٣٥٨ .

(٢) لم يرد : (أي : مصارفهما وكلفتهما) ، وورد : (علىٰ المودع) بدل : (إلى المودع) ، ولم يرد : (له) ، وورد : (ولكن) بدل : (لكن) ، و : (بأن كانت) بدل : (كأن تكون) في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٤٤٠ ـ ٤٤١ .

ووردت المادّة في درر الحكّام (٢ : ٢٧١) بهذا النصّ :

(إذا طلب الوديعة صاحبها لزم ردّها وتسليمها له ، ومؤنة الردّ والتسليم ـ يعني : كلفته ـ تعود علىٰ

←

عرفت قبلاً أنّ الوديعة أمانة مالكية ، فلا يجب ردّها إلاّ مع الطلب بنفسه أو وكيله [١] ، فيردّها له أو لوكيله في خصوص الردّ .

وكان ينبغي أن يضمّ إليها :

(مادّة : ٧٩٥) يردّ المستودع الوديعة بذاته أو على يد أمينه ، وإذا أرسلها وردّها بواسطة أمينه فهلكت أو ضاعت ـ قبل وصولها للمودع ـ بلا تقصير فلا ضمان [٢] .

(مادّة : ٧٩٦) إذا أودع رجلان مالاً مشتركاً لهما عند شخص ، ثمّ جاء أحد الشريكين في غيبة الآخر وطلب حصّته من المستودع ، فإن كانت الوديعة من المثليات أعطاه المستودع حصّته ، وإن كانت من القيميات لا يعطيه إيّاها [٣] .

← المودع .

وإذا طلبها المودع ولم يعطها وهلكت الوديعة أو ضاعت يضمن .

بيد أنّه إذا لم يمكنه إعطاؤها لعذر ـ كوجودها في محلٍّ بعيد حين الطلب ـ وهلكت أو ضاعت لا يلزم الضمان والحالة هذه) .

قارن : بدائع الصنائع ٨ : ٣٦١ و٣٦٢ و٣٦٦ ، الفتاوىٰ الهندية ٤ : ٣٣٨ و٣٥٢ و٣٦٢ .

(١) وذلك في ص ٤١٦ .

(٢) وردت زيادة : (ويسلّمها) قبل : (بذاته) ، وورد : (أو ردّها) بدل : (وردّها) ، و : (بلا تعدٍّ ولا تقصير) بدل : (بلا تقصير) في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٤٤١ .

ووردت المادّة في درر الحكّام (٢ : ٢٧٦) باللفظ التالي :

(يردّ المستودع الوديعة ويسلّمها بالذات أو مع أمينه ، فإذا تلفت أو ضاعت في أثناء ردّها مع أمينه بلا تعدٍّ ولا تقصير لا يلزم الضمان) .

لاحظ : بدائع الصنائع ٨ : ٣٥٥ ، الفتاوىٰ الهندية ٤ : ٣٥٣ و٣٥٤ .

(٣) ورد : (رجل) بدل : (شخص) ، و : (فلا) بدل : (لا) في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٤٤٢ .

←

منع أبو حنيفة من إعطاء أحدهما بدون حضور الآخر مطلقاً، وفصّل صاحباه هذا التفصيل [١].

ولعلّ نظرهما إلى أنّ إعطاء حصّته من المثلي ـ كالطعام ونحوه ـ لا ضرر فيه وقسمته ممكنة بسهولة، بخلاف القيمي كالعبد والجوهر.

ويؤخذ عليهما: أنّ اللازم حينئذٍ جعل المدار على إمكان القسمة وعدمها، لا على المثلي والقيمي؛ إذ ربّ مثلي لا يمكن قسمته كالثوب ونحوه.

وعلى كلٍّ فالحقّ هو المنع مطلقاً؛ لأنّ إعطاء حصّة أحدهما قسمة، والمستودع ـ حسب الفرض ـ غير مفوّض عليها ولا مأذون بها، فيضمن.

نعم، لو أذنا له في ذلك صحّ بلا إشكال.

ولو دفع لأحدهما حصّته ـ في صورة عدم الجواز ـ فتلفت اشترك الاثنان في الباقي، واستقرّ الضمان على من تلفت الحصّة في يده، ويشتركان أيضاً في بدلها.

(مادّة: ٧٩٧) يعتبر مكان الإيداع في تسليم الوديعة.

مثلاً: لو أُودع مال في إستانبول يسلّم في إستانبول أيضاً، ولا يجبر المستودع على تسليمه في أدرنة [٢].

← ووردت المادّة في درر الحكّام (٢ : ٢٧٧) بهذه الصيغة:

(إذا طلب أحد الشريكين ـ بعد أن أودعا مالهما المشترك عند شخص ـ حصّته في غياب الآخر، فإن كان الوديعة من المثليات أعطاه المستودع حصّته، وإن كانت من القيميات فليس له ذلك).

قارن: بدائع الصنائع ٨: ٣٦١، تبيين الحقائق ٥: ٨٠، تكملة شرح فتح القدير ٧: ٤٥٨، حاشية ردّ المحتار ٥: ٦٧٢، اللباب ٢: ١٩٩.

(١) راجع المصادر المتقدّمة في الهامش السابق.

(٢) وردت المادّة نصّاً في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١: ٤٤٢.

وهذا واضح .

(مادّة : ٧٩٨) منافع الوديعة لصاحبها .

مثلاً : نتاج حيوان الوديعة ـ أي : فلوه ولبنه وشعره ـ لصاحب الحيوان [١] .

هذا واضح ؛ لأنّ منافع العين لمالكها ، ولا فرق في ذلك بين المنافع العينية كاللبن والصوف والنتاج ، وبين الاعتبارية كسكنى الدار وركوب الدابّة .

ومن الغريب هنا قول بعض الشرّاح :

(أمّا غير المتولّدة ـ كبدل الإيجار ـ فهي إلى المستودع ، فإذا آجر المستودع الوديعة وأخذ أُجرتها تكون له دون المودع وإن كانت غير طيبّة ، وكذا إذا اتّجر المستودع بالنقود المودعة وربح بها فالربح له دون المودع) [٢] .

(مادّة : ٧٩٩) إذا كان صاحب الوديعة غائباً ، ففرض الحاكم من الدراهم نفقة لمن يلزم صاحب الوديعة عليه بطلبه ، فصرف المستودع تلك النفقة المفروضة من الدراهم المودعة ، لا يلزم الضمان .

← ووردت في درر الحكّام (٢ : ٢٧٩) بهذه الصيغة :

(مكان الإيداع في تسليم الوديعة معتبر .

مثلاً : المتاع الذي أُودع في الشام يسلّم في الشام ، ولا يجبر المستودع علىٰ تسليمه في القدس) .

لاحظ الفتاوىٰ الهندية ٤ : ٣٤٢ .

(١) ورد : (فنتاج) بدل : (مثلاً : نتاج) في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٤٤٢ .

ووردت المادّة في درر الحكّام (٢ : ٢٧٩) بدون ذكر التمثيل لها .

(٢) لم نعثر ـ في ما لدينا من شروح المجلّة ـ على هكذا نصّ ، وقريب منه ما في درر الحكّام ٢ : ٢٨٠ .

وأمّا إذا صرف بدون أمر الحاكم فيضمن [١] .

ومن المعلوم أنّ الحاكم لا يحكم بهذا الحكم إلاّ بعد تحقّق مقدّمات :

(**منها**) : استحقاق النفقة .

و(**منها**) : عدم إمكان مراجعة المودع .

و(**منها**) : عدم وجود مال آخر له ، وهكذا .

كما أنّه لو تعذّرت أو تعسّرت مراجعة الحاكم كان لنفس المستودع أن ينفق منها على واجب النفقة ، ولكن مع أخذ الوكيل على دفع بدلها لو تبيّن أنّ المودع كان قد دفع النفقة أو كان المنفق عليه غير مستحقٍّ .

(مادّة : ٨٠٠) إذا عرض للمستودع جنون بحيث لا ترجىٰ إفاقته ولا صحوه منه ، وكان قد استودع مالاً قبل جنونه ، ثمّ لم يوجد عنده المال المذكور بعينه ، كان للمودع أن يعطي كفيلاً مليّاً ، ويضمنها من مال المجنون .

ثمّ إذا أفاق المجنون فادّعىٰ ردّ الوديعة لصاحبها أو هلاكها بلا تعدٍّ ولا

---

(١) وردت المادّة في شرح المجلّة لسليم اللبناني (١ : ٤٤٣) بالصيغة الآتية :

(إذاكان صاحب الوديعة غائباً ، ففرض الحاكم من النقود المودعة نفقة لمن وجبت نفقته علىٰ صاحب الوديعة وذلك بطلبه ، فأنفق المستودع تلك النفقة المفروضة من النقود المودعة ، فلا ضمان عليه .

أمّا إذا صرف بدون أمر الحاكم فإنّه يضمن) .

ووردت في درر الحكّام (٢ : ٢٨٠) بالصيغة التالية :

(إذا غاب صاحب الوديعة ، وبناءً علىٰ مراجعة من نفقته واجبة عليه قدّر له الحاكم نفقة من نقود ذلك الغائب المودعة ، وصرف المستودع من النقود المودعة عنده لنفقة ذلك الشخص ، لا يلزم الضمان .

وأمّا إذا صرف بلا أمر الحاكم يضمن) .

قارن : الفتاوىٰ الهندية ٤ : ٣٦٠ ، تكملة حاشية ردّ المحتار ٨ : ٣٧١ .

تقصير يصدّق بيمينه ويستردّ ما أُخذ من ماله بدل الوديعة [١] .

هذه القضية الفرضية مرجعها إلى الحاكم الذي هو ولي المجنون ، وهي منوطة إلى نظره ، وكلّ تصرّف يكون في ماله من غير إجازة الحاكم فهو حرام باطل حتّى لو وجد المودع عين ماله ـ أي : الوديعة ـ لا يجوز له أخذها إلاّ بمراجعة الحاكم على الأحوط ، إلاّ في بعض الصور .

(مادّة : ٨٠١) إذا مات المستودع ووجدت الوديعة عيناً في تركته تكون أمانة في يد وارثه فيردّها لصاحبها ، وأمّا إذا لم توجد عيناً في تركته فإن أثبت الوارث أنّ المستودع قد بيّن حال الوديعة في حياته ـ كأن قال : رددت الوديعة لصاحبها ، أو قال : ضاعت بلا تعدٍّ ـ فلا يلزم الضمان .

وكذا لو قال الوارث : نحن نعرف الوديعة ، وفسّرها ببيان أوصافها ، ثمّ قال : إنّها هلكت أو ضاعت بعد وفاة المستودع ، صدّق بيمينه ، ولا ضمان حينئذٍ .

وإذا مات المستودع بدون أن يبيّن حال الوديعة يكون مجهلاً ، فتؤخذ

---

(١) ورد : (ذلك المال) بدل : (المال المذكور) ، و : (يأخذ ضمانه) بدل : (يضمنها) في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٤٤٤ .

ووردت المادّة في درر الحكّام (٢ : ٢٨٢ ـ ٢٨٣) بصيغة :

(إذا عرض جنون للمستودع وانقطع الرجاء من شفائه ، وكانت الوديعة التي أخذها قبل الجُنّة غير موجودة عيناً ، فلصاحب الوديعة حقٌّ بأن يرىٰ كفيلاً معتبراً ، ويضمن الوديعة من مال المجنون .

وإذا أفاق وأخبر بأنّه ردّ الوديعة إلىٰ صاحبها أو أنّها تلفت أو ضاعت بلا تعدٍّ ولا تقصير يستردّ المبلغ الذي أُخذ منه) .

انظر الفتاوىٰ الهندية ٤ : ٣٥٠ .

الوديعة من تركته كسائر ديونه .

وكذا لو قال الوارث : نحن نعرف الوديعة ، بدون أن يفسّرها ويصفها ، لا يعتبر قوله : إنّها ضاعت .

وبهذه الصورة إذا لم يثبت أنّها ضاعت يلزم الضمان من التركة [١] .

لا ريب أنّ الوديعة كالوكالة تبطل بموت كلٍّ من المودع والمستودع ، وحينئذٍ يجب على وارث المستودع ـ بمجرّد موته ـ أن يردّ العين إلى المودع ، كما يجب على نفس المستودع أن يردّها على وارث المودع لو مات ؛ لأنّها خرجت عن الأمانة المالكيّة وصارت شرعية .

فلو لم يبادر إلى ردّها وتلفت ضمنها مطلقاً حتّى مع عدم التعدّي .

---

(١) لم ترد واو العطف في عبارة : (وأمّا إذا لم توجد عيناً . . .) ، وورد : (لا يلزم) بدل : (فلا يلزم) ، ووردت عبارة : **(إذا كان المستودع لم يبيّن حال الوديعة ، فيعدّ انه مات مجهلاً ، فتستوفىٰ الوديعة من تركته)** بدل عبارة : **(إذا مات المستودع بدون أن يبيّن حال الوديعة يكون مجهلاً ، فتؤخذ الوديعة من تركته)** ، وورد : (في هذه) بدل : (بهذه) ، و : (وجب الضمان علىٰ التركة) بدل : (يلزم الضمان من التركة) في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١ : ٤٤٤ .

ووردت المادّة في درر الحكّام (٢ : ٢٨٣) بالصيغة التالية :

(إذا توفّىٰ المستودع وكانت الوديعة موجودة عيناً في تركته ، فبما أنّها أمانة بيد وارثه أيضاً تردّ إلىٰ صاحبها .

وإذا لم تكن موجودة ، فإن أقرّ الوارث بأنّ المستودع قال في حياته لفظاً : رددت الوديعة إلىٰ صاحبها ، أو : ضاعت ، أو أنكر ، وأثبت الوارث ذلك ، لا يلزم الضمان .

وإذا قال الوارث : نحن نعرف الوديعة ، ووصفها وفسّرها وأفاد أنّها ضاعت بلا تعدٍّ ولا تقصير ـ بعد وفاة المستودع ـ يصدّق بيمينه ، ولا يلزم الضمان .

وإذا لم يبيّن المستودع حال الوديعة فيكون قد توفّىٰ مجهلاً ، فتستوفىٰ من تركته مثل سائر ديونه) .

راجع : الفتاوىٰ الهندية ٤ : ٣٤٩ ، تكملة حاشية ردّ المحتار ٨ : ٣٤٨ .

ولا يصدّق بدعوى التلف من غير تفريط حتّى مع يمينه، بل يلزمه الإثبات لو ادّعى عدم التقصير في المبادرة على تأمّل.

وعلى كلٍّ، فإطلاق (المجلّة) أنّها تكون أمانة في يد وارثه ـ على إطلاقه ـ غير سديد.

وكذا قولها: **(لو قال الوارث نحن نعرف الوديعة وفسّرها) الخ**.

فلو مات المستودع ولم يعلم حال الوديعة لا تؤخذ من تركته، إلاّ بعد إقرار الورثة أو إثباتها عند حاكم الشرع ويمين المودع أنّه لم يسترجعها.

(مادّة: ٨٠٢) إذا مات المودع تسلّم الوديعة لوارثه.

لكن لو كانت التركة مستغرقة بالدين فيرفع الأمر إلى الحاكم، فإن سلّمها المستودع إلى الوارث بدون إذن الحاكم فاستهلكها هو ضمن المستودع [(١)].

(مادّة: ٨٠٣) الوديعة إذا لزم ضمانها فإن كانت من المثليات تضمن بمثلها، وإن كانت من القيميات تضمن بقيمة يوم لزوم الضمان [(٢)].

---

(١) ورد: (ولكن) بدل: (لكن)، و: (يرفع) بدل: (فيرفع)، و: (فهلكت) بدل: (فاستهلكها هو) في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١: ٤٤٦.

ووردت المادّة في درر الحكّام (٢: ٢٨٩) بهذه الصيغة:

(إذا توفّىٰ المودع تدفع الوديعة إلىٰ وارثه.

وأمّا إذا كانت التركة مستغرقة بالدين يراجع الحاكم، وإذا دفعها المستودع إلىٰ الوارث بلا مراجعة الحاكم واستهلكها الوارث يكون المستودع ضامناً).

لاحظ الفتاوىٰ الهندية ٣: ٣٥٤.

(٢) ورد: (متىٰ وجب) بدل: (إذا لزم)، و: (بقيمتها) بدل: (بقيمة) في شرح المجلّة لسليم اللبناني ١: ٤٤٦.

وورد: (**بقيمتها يوم وقوع الشيء الموجب للضمان**) بدل: (**بقيمة يوم لزوم الضمان**) في درر

←

عرفت مكرّراً أنّهم قسّموا الأموال إلى مثلية وقيمية ، وحكموا بأنّ المثلي يضمن بالمثل والقيمي بالقيمة ، وعرّفوا كلاً منهما بتعاريف لا تخلو من نقاش .

وذكرنا ما عندنا في هذا الموضوع ، وأنّ الأصل في ضمان كلّ مال هو المثل ، فحيث يوجد مثله وجب مثلياً كان أو قيمياً ، وإلاّ وجبت القيمة أيضاً ، كذلك راجع (الجزء الأوّل) [١] .

ولو أودع عنده سند الدين أو قبالة المهر أو صكّ ملكية الدار أشكلت قضية الضمان ، ولكن إذا كان ضياع السند يوجب فوات الدين وجحود الدائن فيمكن دعوى : لزوم ضمان الدين عليه ؛ لأنّه قد فات عليه بسببه وإن كان لا يخلو من إشكال .

وقد أهملت (المجلّة) ـ على عادتها ـ مسائل الخلاف والتخاصم بين المودع والمستودع وغيرها ، وها نحن نذكر المهمّ في مواد :

١ ـ لو ادّعى في المال الذي بيد شخص أنّه وديعة ، فأنكر ، فالقول قوله بيمينه .

٢ ـ لو اعترف بالوديعة وادّعى الردّ أو التلف أو عدم التفريط أو الإنفاق عليها لحفظها أو أُجرة نقلها إلى مكان حريز أو ما يجري هذا المجرىٰ ، ففي كلّ ذلك القول قول المستودع ؛ لما عرفت من أنّه محسن وأمين ، فيصدّق بيمينه [٢] وإن كان مدّعياً ، ولكن خرج عن قاعدة المدّعي بالإحسان .

← الحكّام ٢ : ٢٩١ .

راجع تكملة حاشية ردّ المحتار ٨ : ٣٥٩ ـ ٣٦٠ .

(١) راجع ج ١ ص ٣٢٥ ـ ٣٢٨ .

(٢) عرفت ذلك في ص ٤٣٦ .

٣ ـ لو أنكر الوديعة ثمّ اعترف بها وادّعى التلف لم يقبل قوله وعليه الإثبات ؛ لأنّه خرج بالجحود عن الائتمان .

ولكن لو ادّعى أنّ الجحود كان لنسيان أو غرض آخر معقول يحلف على ذلك وعلى التلف أو الردّ ويبرأ من الضمان .

وهكذا لو ادّعى الردّ ثمّ ادّعى التلف أو العكس .

٤ ـ لو اعترف أنّ المال لزيد ولكنّه ادّعى الوديعة وتلف بلا تفريط فلا ضمان .

ولو ادّعى زيد أنّه قد غصبه منه فالقول قول المقرّ بيمينه ، وعلى مدّعي الغصب الإثبات .

٥ ـ لو اعترف أنّه له ولكنّه عارية يملك منافعها ، وادّعى المالك أنّه وديعة فمنافعها له ، فالقول قول مدّعي العارية بيمينه على تأمّل .

٦ ـ لو اعترف أنّه له ، وادّعى المالك أنّه إجارة ، وادّعى المعترف أنّه وديعة ، فالقول قوله بيمينه .

٧ ـ لو كان له عليه دين وله عنده وديعة بقدره ، فدفع ذلك المبلغ ، وقال : هو دينك والوديعة تلفت ، يقبل قوله بيمينه .

٨ ـ لو ادّعى اثنان أنّ العين التي هي بيد زيد وديعة لهما ، فإمّا أن يصدّقهما فيدفعها لهما ، أو يعترف بها لأحدهما المعيّن أو المردّد ، أو ينكرهما معاً .

فإن اعترف بها لمعيّن دفعها له ، وانحصرت بينه وبين الآخر الدعوى إن ادّعى كلّ منهما الاختصاص ، وإلاّ اشتركا .

وإن اعترف لأحدهما المردّد بقيت بيده إلى أن تنتهي الدعوى بينهما ، فيدفعها لمن حكم له الحاكم .

وإن أنكرهما معاً توجّه اليمين عليه لكلّ واحد منهما ؛ فإنّ لكلٍّ حلفاً ،

وكان المال بينهما إن ادّعيا الاشتراك ، وإلاّ بقي بيده أو يدفعه للحاكم إلى أن تنتهي الخصومة بينهما .

وإن حلف لواحد ونكل عن الآخر حلف وأخذ المال ، ولو نكل حلف الآخر وأخذه .

٩ ـ لو تنازعا فقال أحدهما للآخر : إنّ الذي دفعته لي هو ديني عليك ، وقال الآخر : بل هو وديعة يلزمك أن تردّها لي .

والمسألة [١] لا تخلو من غموض ، ولا يبعد ترجيح قول مدّعي الوديعة ؛ لأصالة عدم الدين ، ولاعترافه بأنّ يده متفرّعة ومسبوقة بيد الآخر .

ومع ذلك فهي محتاجة إلى التأمّل .

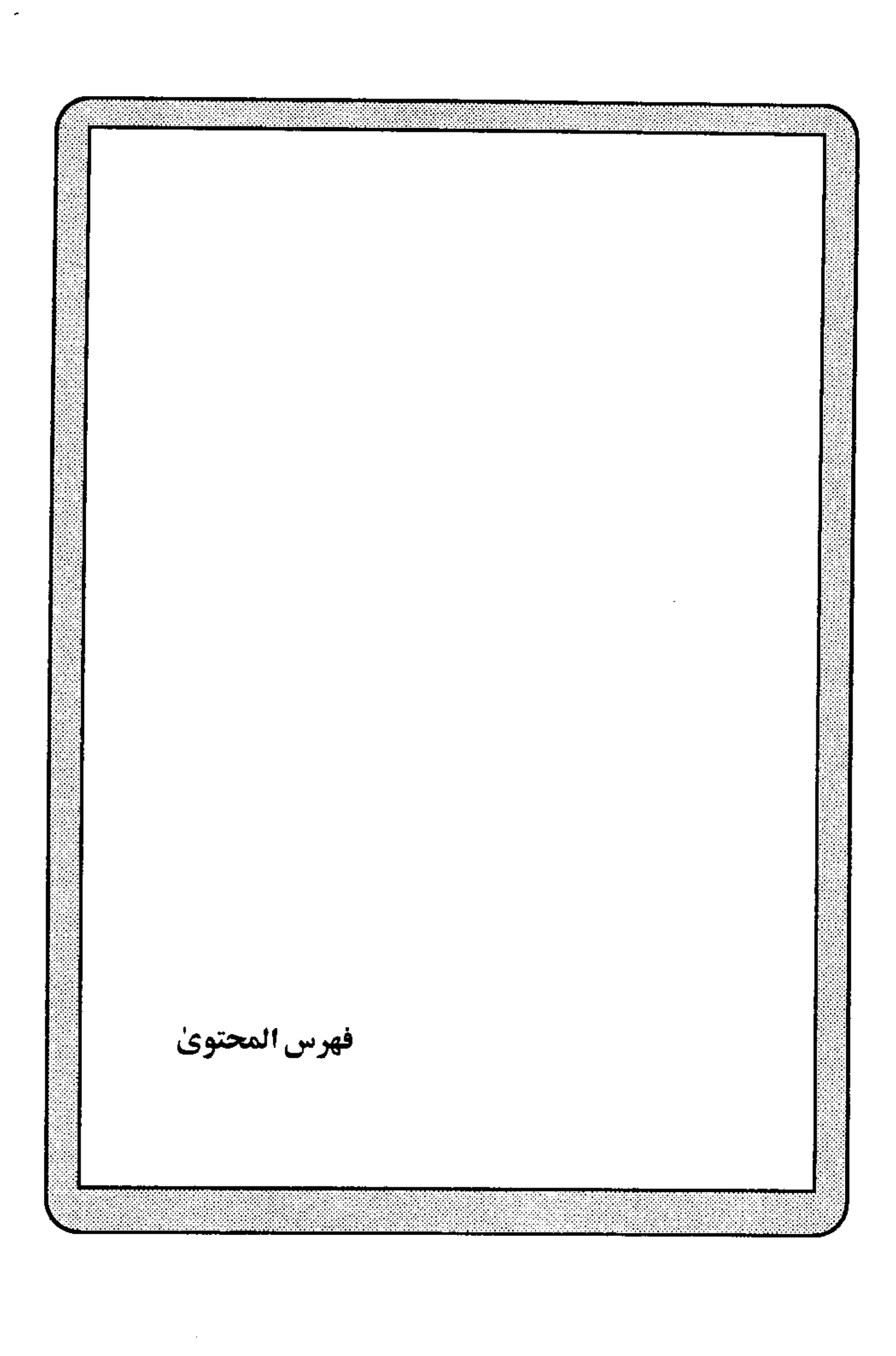
ولعلّ هناك صوراً أُخرى للخلاف ، وفي ما ذكرنا كفاية .

---

(١) والأنسب التعبير بـ : فالمسألة .

انتهىٰ الجزء الثاني
حسب تجزئتنا
من
تحرير المجلّة
ويليه
الجزء الثالث
وأوّله
كتاب العارية





فهرس المحتوى



فهرس المحتوىٰ